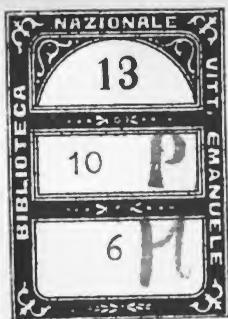
THESAURUS IURIS EMPHYTEUTICI, CONTINENS 1. TRACTATUM...

Rutger Rulant, Alvarus Valascus, ...




NAZIONALE
BIBLIOTECA
VITT. EMANUELE
13
10 P
6 H

ELBERTI LEONINI, I.C. CLARISSIMI, IN LOVANIENSI Vniuersitate Professoris quondam celeberrimi,

PRÆLECTIONES In titulum Codicis *DE IVRE EMPHYTEVTICO.*



In quibus mira perspicuitate omnes pene, quæ hic incidunt, controuersiæ in vtramq; partem breuiter disputantur & deciduntur.

QVIBVS SVBIVNCTA EST FORMA, seu Exemplum integri processus in causis Emphyteuticis.



VNA CVM

DECADE VOTORVM CAMERALIVM.

E manuscriptis omnia desumpta, summariis illustrata, & numeris distincta, opera & studio

RVTGERI RVLANDT, I.C.

FRANCOFVRTI,

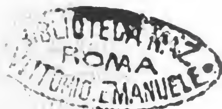
IMPENSIS RVLANDIORVM,

ANNO M. DC. XVIII.



AD RVBRICAM CODICIS DE IVRE EMPHYTEVTICO, ELBERTI LEONINI,

Iurisconsulti clarissimi, & Professoris Louaniensis,



SVMMARIA.

1 *Etymologia vocis Emphyteusis.*
2 *Emphyteusis quare constituatur.*
3 *Emphyteusis quomodo contrahatur.*
4 *Emphyteuta perpetuarii dicuntur, & quare.*
5 *Prædia quomodo veteres locarint.*
6 *Emphyteusis an nominatus vel innominatus sit contractus? Iuris ciuilis vel gentium, controuertitur.*
7 *De actione, quæ ex Emphyteusi oritur: eamque disquisitionem esse modicæ vtilitatis, nu. 8.*
9 *Cum locatione, & venditione quæ habeat communia Emphyteusis.*
10 *A locatione quomodo differat? vbi varia de natura huius contractus adferuntur, vt & nu. 14.*
11 *Emphyteusis ex iure ciuili originem ducit.*
12 *Emphyteusis an scripturam requirat.*
13 *A venditione quibus notis discernatur.*
14 *Emphyteusin differre ab aliis contractibus.*
15 *A feudo* } *quomodo.*
16 *A censu* }
17 *Ab vsufructu precario & libellario, remissiue.*
18 *An in Emphyteusi precium debeat interuenire.*

EMphyteusin constat dici † ab insitione & implantatione, cum videlicet agri steriles locantur alicui 1
in perpetuum, sub duplici † in effectu ratione, vt res labore, cultura, & sumptu melioretur, & certa pensio in- 2

 terim



AD RVBRICAM CODICIS DE IVRE EMPHYTEVTICO, ELBERTI LEONINI,

Iurisconsulti clarissimi, & Professoris Louaniensis,



SVMMARIA.

1 *Etymologia vocis Emphyteusis.*
2 *Emphyteusis quare constituatur.*
3 *Emphyteusis quomodo contrahatur.*
4 *Emphyteutæ perpetuarii dicuntur, & quare.*
5 *Prædia quomodo veteres locarint.*
6 *Emphyteusis an nominatus vel innominatus sit contractus? Iuris ciuilis vel gentium, controuertitur.*
7 *De actione, quæ ex Emphyteusi oritur: eamque disquisitionem esse modicæ vtilitatis, nu.8.*
9 *Cum locatione, & venditione quæ habeat communia Emphyteusis.*
10 *A locatione quomodo differat? vbi varia de natura huius contractus adferuntur, vt & nu.14.*
11 *Emphyteusis ex iure ciuili originem ducit.*
12 *Emphyteusis an scripturam requirat.*
13 *A venditione quibus notis discernatur.*
14 *Emphyteusin differre ab aliis contractibus.*
15 *A feudo* } *quomodo.*
16 *A censu* }
17 *Ab vsufructu precario & libellario, remissiue.*
18 *An in Emphyteusi precium debeat interuenire.*

EMphyteusin constat dici † ab insitione & implantatione, cum videlicet agri steriles locantur alicui in perpetuum, sub duplici † in effectu ratione, vt res labore, cultura, & sumptu melioretur, & certa pensio in- 1 2

A 2 terim

3 terim ſoluatur. Emphyteuſis ita contrahitur, vt † ſterilia prædia fruenda dentur, vt quamdiu reditus ſeu penſio pro his domino præſtatur, neque ipſi conductori (ſi nihil aliud conuenit) neque heredi eius, neque iis, qui ab his accipiunt, auferre liceat, *§. adeo. Inſt. locati l. 1. §. adeo ff. eod. locati* vnde emphyteuticus ager. *l. ſciendum. §. fin. ff. eod.* & ius emphyteuticum. *l. 3. § ſi ius. ff. de reb. eorum.* Item emphyteuticarii. *l. 2. infra ne rei do-*
4 *minica.* qui etiam perpetuarii † vocari poſſunt. *l. 2. 3 & fin. infra de locat. prædior.* propter conſuetudinem con-
5 cedendi huiuſmodi ſterilia in perpetuum. Veteres † enim publica & priuata prædia, quæ ipſi colere nollent, aliis colenda concedebant, & in iis, quæ erant bona ſui natura, regulariter tempus coanguſtabant; In iis vero, quæ erant ſterilia, & pene deſerta, quæque, niſi magna cultura, nihil ferrent, perpetuam conceſſionem faciebant, illaque prædia tanquam deſperata dimittebant in perpetuum, contenti modica penſione, quæ veri dominii memoriam conſeruaret. Id quod eſt accipiendum ſecundum frequentiam & rationem rerum contingentium, vt negari non poſſit, etiam fertiles agros ab hoſtibus captos, vel ex alia cauſa Principi, Reipublicæ, aut priuatis acquiſitos, in perpetuum, ſub iuſta aliqua penſione, concedi potuiſſe, *d. l. 2. 3 & vlt.* atque etiam nunc poſſe, vt videmus in agris vectigalibus, & cenſualibus, ex quibus domini præter annuam penſionem nihil au-
6 ferunt. Illud quoque hic quæritur, an † contractus emphyteuticus ſit nominatus, vel innominatus, & an iuris ciuilis, an vero iuris gentium dici debeat, & quæ actio ex eo detur? Et quidem Franciſcus Connan. *lib. Comm. 7. ca. 12.* & Ioannes Corraſ. *hic, in princip.* arbitrantur, iuxta communem veterum ſententiam, contractum eſſe iuris gentium, non ciuilis, quorum ſententia ſimpliciter vera non videtur. Quia licet vſu non ſolum apud Romanos, ſed apud omnes etiam gentes celebretur, propriam tamen naturam, nomen, definitionem & formam, ex qua ſpecies contingit, à iure ciuili, & ex Zenonis Conſtitutione accepit, text. *in l. 1. & in §. adeo. Inſtit.*

Instit locat. cum à veteribus conductioni vel venditioni adnumeretur. Nominatum autem hunc contractum censeri negat Baldus *in l. vlt C. quando liceat ab empt. reced. & in rub. C. de rer. permutat.* cui refragatur Iason, consentiens Bartolo, asserenti hic, & *in l. vnica. ff. de condict ex lege.* Emphyteusin & Feudum nominatis contractibus adnumerari. In actionis nomine † variant 7
quoque Interpretes; dum alii crediderunt, actionem denominari ex Emphyteusi, ita vt nomen contractus referat, sicut fit in actione empti, venditi, vel locati; alii vero actionem præscriptis verbis dari volunt, Cynus & alii hic. Alii denique condictionem ex lege, Bartolus hic, & communiter alii. Sed hanc rem, & disputationem, modicæ † vtilitatis esse scribit Iason *in c. dilecti, de* 8
iudiciis. Quod verum est; cum constitutio iuris pontificii remoueat anxiam inuestigationem super nomine actionis, qua volumus confligere. Porro locationi & conductioni recte subiicitur de iure Emphyteut. cuius leges & cõditiones tantam similitudinem gerunt cum locatione, conductione, venditione & emptione, vt veteres dubitauerint, an in emptionem vel in conductionem inclinarent, *d. §. adeo. Instit. locati.* propter cognationem, quam habet cum his contractibus. Nam † cum 9
venditione hoc habet commune, quod rei traditionem contineat, quodque ad heredes, sine temporis præfinitione, & longa successionis serie, transeat. Theophil *in d. §. adeo.* & variis modis alienari possit, quod non est in locatione, quæ non nisi certo tempore, quo durat conductio, ad heredem transit, *l. viam. supra d. tit. proximo.* nec potest res locata aliquo modo vendi. Cũ locatione vero † commune habet, quod per singulos annos ali- 10
quid domino detur, item quod Canone seu pensione non soluta, dominus rem ad se reuocare possit, *l. ade. infra tit. proximo. l. 3. infra eod.* & quod tam conductor, quam Emphyteuta aliis locare possit ad non longum tempus. Sed cum in his similibus plura dissimilia dictorum contractuum concurrerent, quæ similitudinis constantiam perturbarent, Zenoniana constitutio lata

est, in *l.* 2. quæ Emphyteuseos propriam statuit naturam, conceptionem, & definitionem, neque locationi, neq; venditioni accedentem, sed à societate & familiaritate dictorum contractuum separatam & distinctam,
11 his notis & distinctionibus. Primo, quod † Emphyteuticus contractus, iure ciuili, & quidem à Zenone primum in formam redactus fuerit, illi vero ex Iuregentium introducti, & constituti sint. Secundo, quod hic contractus stricti iuris etiam dicatur, vtpote non numeratus inter eos, qui bonæ fidei sunt, *§. actionem. Instit. de actionib.* inter quos tamen locatio & conductio recensentur. Tertio in venditione & locatione constat, actiones respondere nominibus contractuum, de quo in emphyteusi dubitatur, aliis condictionem ex lege, aliis præscriptis verbis actionem concedentibus. Quarto, Emphyteusis, vt voculæ significatio indicat, non est nisi rerum immobilium, & quidem corporalium, *tot. tit ff. si ager vectigalis, &c.* cum res etiam mobiles in venditionem & locationem venire possint; sic pensio emphyteuseos consistit vel in pecunia numerata, vel in parua aliqua parte fructuum, vel in pari seu certo numero caponum, aut sportulis pretii, vel in aliis similibus, cum in venditione requiratur pretium aut merces in pecunia numerata, quæ valori rei respondeat, licet in Emphyteusi modica pensio admittatur, in dominii directi recognitionem atque memoriam. Præterea, venditio & locatio indifferenter fieri possunt, vel scripto, vel sine scriptis; Emphyteusis vero necessario videtur
12 requirere † scripturæ alicuius recognitionem. Iason hic *in l. 2. col. 13. & 14.* Quia Zeno Imper. ea pacta firma illibataque vult custodiri, quæ sunt inita, scriptura interueniente; qui ablatiui absolute positi conditionem faciunt, quæ ad vnguē seruari debet, *l Mauius. ff. de condit. & demonst.* Cyn. Salic. & alii hic. præter hæc communia discrimina sunt & alia peculiaria ab vtroq; contractu, quæ sparsim inueniuntur apud Albericum, Bald. & Iason. hic *in l. 1.* & quæ ordine aliquo colligere operæ
13 pretium putamus. Et imprimis à venditione † differt, quod

quod in ea pretium constituatur dignitati rei respondens, quod semel & ab initio soluitur; in Emphyteusi vero annuum est, & quotannis penditur, ob quod recte scribit Baldus, in Emphyteusi, dominum obligari ad patientiam successiuã, sicut cum venditur vsusfructus: In venditione vero momentaneam traditionem totum contractum absoluere, & liberare venditorem, nisi res postea euincatur. Secundo, ex venditione transit omne ius venditoris ad emptorem, nisi quid nominatim exceperit: is vero, qui Emphyteusin concedit, retinet eius directum dominium. Tertio tametsi pretium non soluatur, ob id non repetitur res vendita. *l. non idcirco. infra. de contrahend. empt.* Emphyteusis, non soluta pensione, redit ad eum, qui concessit. Quarto, in emptorem transit omne periculum rei emptæ, quæ etiamsi tota pereat, soluit is nihilominus pretium. §. *cum autem. Instit. de empt. & vendit.* In Emphyteusi vero totius rei interitus spectat ad concedentem, ita scilicet, ne in posterum pensionem exigat, *text. in l.* 1. A locatione † differt, primo quod Emphyteuta possideat, imo & vtile rei dominium habeat. *l.* 1. *&* 2. *ff. si ager vectigalis.* ideoque actionem in rem exercere possit aduersus quemuis possessorem, adeoque contra ipsum dominum. *d. l.* 1. quæ non possunt tribui conductori, qui non possidet sibi, sed domino. *l. male. infra. de præscript.* 30. *annor. l. si quis conductionis. infra locati.* nullumque dominium, vel in rem actionem sibi potest asserere, nisi conduxerit locum publicum. *l.* 1. *ff. de loco pub. fruendo.* vel agatur de locatione perpetua, seu lõgi temporis, in qua transit possessio, & vtile dominium; nec differt ab Emphyteusi. Cynus, Faber & alii hic. *in l.* 1. Ex quo infert Fulgos. *cons.* 23. & Carolus Ruin. *consil.* 154. *num.* 10. *lib.* 1. constitutiones loquentes de Emphyteuta, quantumuis sint pœnales, extendi ad conductorem longi temporis, quorum sententiã probat Ias. hic *in l.* 1. *nu.* 34. Sed Baldus subdubitat, & merito. Quia quamuis in transferenda possessione, & acquirendo vtili dominio, longi temporis locatio familiaritatem quandã habere 14

videatur cum Emphyteusi: plura tamen sunt dissimilia, quæ diuersitatem & separationem eorum arguere videantur. Nam conductor ad longum tempus non sustinet obligationem meliorandi, quæ est in Emphyteuta, & res locata ad longum tempus transmittitur ad quoscunque heredes, quod non semper est in Emphyteusi. Rursus pensio locationis correspondet fructibus, & conductor detrahit meliorationes, & ob sterilitatem cõsequitur remissionem, quantumuis ad longum tempus duret conductio, quæ omnia non ita obtinent in Emphyteuta. Secundo differunt in eo, quod conductor expelli possit ob simplicem cessationem vnius anni, & propter necessitatẽ habitandi, domino ex recenti causa superuenientem, *text. in d. l. ade.* Emphyteuta vero domini necessitati non cogitur cedere, nec potest expelli ob simplicem cessationem anni vnius vel alterius, sed ita demum, si mora triennii intercesserit. *tex. in l. 2.* Emphyteuta, qui culpa sua expellitur, non tollit meliorationes, quas inquilinus seu conductor salua rei substantia auferre potest. *l. sed ad. §. inquilinus. ff. locati* Quarto, quia magnæ impensæ, & publicarum functionum, solum ad Emphyteutam pertinẽt, non etiam ad inquilinum, qui non nisi paruam impensam, & ad præsentem rei vsum pertinentem, æquo animo ferre debet. Quinto, ius colonarium non præscribitur, Emphyteuticarium præscribitur. *l. male agitur. infra de præscript. 30. annorum.* Sexto, Conductio tacito consensu reuocatur. *l item. §. qui impleto. ff. locati.* non etiam Emphyteusis, in qua scriptura requiritur, quæ tacito consensu reuocari non potest. Baldus *in l legem. infra locati.* Nec differt Emphyteusis tantum à vendirione & locatione,
15 verum etiam à feudo, ac † superficie, ab vsufructu, à cõtractu libellario, censu & precario. Feudum enim licet hoc commune cum Emphyteusi habeat, vt penes dantem dominium directum remaneat; in eo tamẽ differt, quod nullam pensionem annuam habeat, quæ est in Emphyteusi. Vnde si vasallus daret precium vel pensionem, diceretur feudũ degenerans, & transiret ad quem-

libet heredem, etiam alioqui inhabilem, quia, vt eleganter scribit Baldus *in Nou. de pace Constantiæ facta. col. 15. in verbo libellare.* in feudo nullus census præstari potest, cum sit gratuitum, nisi agatur de feudis Ecclesiarum (inquit) vel Lombardiæ, quæ non indigent armorum ministerio, sed reditibus bursalibus, ita quod hoc casu ad iura Emphyteuseos de feudo iudicetur, non secundum consuetudines feudorum, sed secundum regulas iuris communis. Rursus in feudo est iuramentum, & fidelitatis obligatio, quæ non est in Emphyteusi, multaque alia similia & dissimilia colligit Nicolaus Euerhardi, *in loco à feudo ad Emphyteusin, & contra,* & pleraque habet Syluanus, de feudo degenerante. *consil.* 42. A censu † autem differt Emphyteusis potissimum in eo, quod qui in censum concedunt, non retinent apud se dominium directum, sed omne ius transit in eum, qui sub annuo censu accipit, neque vnquam ea ratione, ex qua census præstatur, ob defectum solutionis, cadit in commissum, aut reuertitur ad priorem dominum. *c. institutum. & ibi glossa. de religios. dom.* In quibus autem † distet ab vsufructu, superficie, precario, & contractu libellario, traditur à Baldo, Iasone, Corrasio hic, Carolo Molinæo *in tract. de feudis. in 2. part §. 56.* & à Francisco Connano *lib. 7. commentar. iur ciuil cap. 2. in fine.* Illud † quoque disputant Interpretes, an, vt in venditione precium, ita in emphyteusi certa ab initio, concedente domino, adnumerari debeat quantitas, velut pretii loco, quod videmus plerumque contingere, sed id fit, vt scribit Baldus, potius ex consuetudine, quam ex natura & forma contractus. Bald. *hic in l. 1. col. 3. nu. 3.* nisi quod ex Iustin. constitutione *hic in l. vlt.* à nouo Emphyteuta, pro inductione in possessionem, & signo nouæ acquisitionis (quam inuestituram vocant) quinquagesima domino præstari debeat.

16 17 18

Ad legem I.

SVMMARIA.

1 *Emphyteuseos natura ex pactis colligitur.*

2 *Pacta quæ in emphyteusi prohibita?*
3 *In Emphyteuseos constitutione an scriptura necessaria?*
4 *Instrumento Emphyteuseos amisso ius Emphyteutæ periclitatur.*
5 *Damnum ad quem spectet, docetur.*
6 *Emphyteuseos ius potentius est, quam vsusfructus.*
7 *Pensionem an Emphyteuta soluere teneatur illorũ annorum, quibus sterilitas ob hostium incursum obuenit? & num.*8.
9 *Re perempta, ob quam quis se ad alimenta obstrinxit, Emphyteuta liberatur.*

CVm magna esset veterum dubitatio, ad quod genus conuentionis referri deberet illa, qua prædia perpetuo fruenda sic locantur, vt quamdiu pro his pensio præstetur, non liceat ea auferre recipienti; propter familiaritatem & similitudinem, quæ est hoc casu, cum venditione, & locatione, Zeno Imper. propriam speciem contractus constituit, à societate, & similitudine aliorum separatam, cuius propria conditio, & lex esset, quam contrahentium pactiones constituerent. Propria
1 enim † Emphyteuseos natura est, quam paciscentes illi imponunt, adeo vt magis ex pactis & conuentionibus contrahentium cognoscatur, quam ex puris verbis seu denominatione contractus, text. & Dd. hic Marcus Anton. Natta *consil.* 41. Ioan. Maria de Riminald. *consil.* 212, *lib.*2. Ipsaque pacta contrahentium non, vt in aliis contractibus, extrinsecus operentur, sed propriam & genuinã Emphyteuseos naturam constituant, & omnibus modis obseruari debeant, qualiacunque ea fuerint, super quacunque re, id est, siue super detrimento & periculo rei. *text hic.* siue super eiectione & amissione, vel conseruatione iuris, canone non soluto *text. in l.*2. siue super alienatione. *text in l. vlt.* siue super successione, & illius restrictione ad primogenitum, ad tertiam generationem, ad filios & heredes. Baldus, Ias. & alii hic. *in l.* 2. siue super aliis quibuscunque capitulis, *text. hic, & in legib seqq.* Nam si generaliter ex conuentione

tione contractus legem accipiunt. *l.1.§.si cum venia. ff. depositi.* & naturali ratione æquũ est, fidem, veritatem, & constantiam conuentorum seruare. *l.1. ff. de pact. l.1. ff. de constit. pecunia.* æquissimum certe est; in hoc genere conuentionis pactiones obseruari, quod pene totum ex pactis contrahentium componitur, & formam ac naturam suam accipit, dummodo † tamen substantia 2
eius non penitus subuertatur, veluti paciscendo, ne vlla pensio præstetur. Baldus hic *in l.2*, ad exemplum venditionis, quæ sine pretio concipitur, aut precarii, cum pacto, ne liceat domino rem suam reuocare. *l. cum precario. de precario.* Quod latius explicat Baldus hic *in l. seq.* Præterea † ad constituendam emphyteusin, ex com- 3
muniori sententia, scriptura interuenire debet. *text. tot. titulo.* ea ratione; quia emphyteusis suapte natura perpetua, ad tempus hominum memoriam excedens, ordinatur. *l.1.§.1 ff. si ager vectigal.* cuius probatio absque literariis documentis non facile posset conseruari. Vnde Angelus hic admonet Emphyteutas, vt cauti sint in asseruandis instrumentis emphyteuticis, quia iis amissis, ius eorum periclitaretur. *l. fin. in verb. vel forte emphyteuseos.* nisi 40. annorum † possessionem probarent. Cy- 4
nus & alii hic *in l. 2.* vel nisi testes existerent, qui de tenore instrumenti deponerent, *Authent. rogati, infra de testibus.* Nam tunc iniquum foret, fortuito scripturæ interitu rei veritatem negligi. *l. sicut iniquam, & l. emancipatione infra, de fide instrum.* Cæterum † si de 5
casibus fortuitis, aut damno fatali, ac rei interitu nihil pactis sit comprehensum, in legis depositione, & natura contractus, proprie damnum Emphyteutam respicit, etiamsi sit vltra dimidium, dum rem totam non absorbeat. Nam cum Emphyteuta habeat omne emolumentum, quod rei emphyteuticæ accedit. *text. & Dd.* absq; onere & augmento pensionis, *c. prohib. de Const. l. si iudices, supra l. vis maior. ff. locati.* idq; absq; distinctione apparentis vel latentis commodi. *l. 3. infra, de fundis priuat.* equum est, ratione contrariorum, eum agnoscere damnum, quo tota res non perimitur, absque pensionis di-

nis diminutione, cum pensio soluatur, non in compensationem fructuum, sed pro recognitione, & in memoriam directi dominii, & pro confessione proprietatis, nisi pensio maior sit, ita quod fructuum compensationem contineat: tunc enim conuentio, licet sub nomine emphyteuseos contracta, inclinat ad locationem, & ex regulis locationis metiri debet. Bald. & alii hic. Ex quibus sequitur, ius, quod constitutũ est de diminuendo, vel augendo tributo, pro modo aucti vel diminuti agri, ad res emphyteuticas non pertinere, *l. 2. de alluuionib.*
6 Secundo † intelligitur ius Emphyteuticum potentius esse, & maiorem vtilitatẽ adferre, quam vsumfructum, qui non nisi ex occulto & latenti incremento augetur, *l item si fundi §. item si in suis. ff. de vsufruct.* cum Emphyteuta non solum habeat latentia, verum etiam patentia, & extrinseca augmenta, eaque re ipsa separata, vt est in Insula, quæ in flumine nascitur *l. Insula. ff. de rerum diuis* & in thesauro reperto in fundo Emphyteu-
7 tico. Dd. *hoc in loco.* Sed † quæritur; an Emphyteuta eorum annorum pensionem soluere teneatur, quibus propter hostium insultum, aut seditionem, agros colere, aut fructus percipere non potuit? Et crebra est opinio existimantium, Emphyteutam pro eo tempore liberari, cum prædiũ censeatur prorsus amissum, ad quod propter hostium potentiam, aut aliam vim maiorem accedere prohibemur, *l. interdum. §. 2. ff de acquir. possess.* Alii vero cum maiore probabilitate sustinent, Emphyteutam ad integram pensionem teneri: cum verum sit, totam rem non periisse, propter facultatem recuperandi. *l. licet. infr. de acquir. possess.* adeo quod casus huiusmodi ad sterilitatem potius, quam ad rei interitum referri debeat, nisi prædium Emphyteuticum ab iis esset occupatum, à quibus recuperandi nulla est spes, ita quod res periisse videatur, quo casu liberatur Emphyteuta, & domini periculum est, quem respicit totius rei interitus, *text & Dd hic*, nisi tamen Emphyteuta etiam periculum & interitum totius rei in se susceperit.
8 *text. & Dd. hic.* Præterea † ob particulare damnum, & sterili-

sterilitatem fructuum excusatur Emphyteuta, si conuentum fuerit de soluenda portione fructuum ex ipso prædio Emphyteutico Nam cum pensio sit limitata ad prædii ipsius fructus, iis non perceptis, pensio præstari nequit, quæ alioquin simpliciter promissa deberetur, etiam nullis fructibus receptis. Id quod pulchre in similibus causis & controuersiis explicant Domini de Rota, *decis 869. incip. lege pro anniuersario. in antiq.* Decius *consil 56.* Hieron. Gigas *in tract pensionum, quæst. 62.* & Lodouicus Gozadin. *consil.* 93. Apud quos & illud deciditur; an re perempta, ob † quam quis se obstrinxit 9
ad alimenta præstanda, anniuersarium præstandum, vel quid aliud faciendum, liberetur? quod in specie iuris Emphyteutici aperte decisum est, hac constitutione, quæ, re perempta tota, liberat Emphyteutam, nisi pacto ad aliud se obstrinxerit. *text. & Dd. hic.*

Ad legem II.

SVMMARIA.

1 *Emphyteuta quanto tempore non soluens priuetur Emphyteusi, & quid circa tempus in locatione constitutum?*

2 *Apochas publicas etiam Ecclesiæ Emphyteuta agnoscere, & per ostensionem earundem probationem facere debet impletæ solutionis.*

3 *Propter abusum vel deteriorationem rei in Emphyteusin concessæ, eiectionis ius domino, etiam contra Ecclesiam, competit. nu 4.*

5 *Emphyteusis committitur, etiam parte canonis non soluta.*

6 *An vno ex heredibus soluere cessante, tota res domino committatur?*

7 *Emphyteuta ob non solutum canonem, vel deteriorationem rei expulsus, an omnes meliorationes, etiam ædificia, quæ in Emphyteusi extruxit, amittat?*

8 *Ad constituendum Emphyteutam in mora, vel inducendam*

ducendam caducitatem, an interpellatio requiratur?

9 *Pœna adiectio in contractu Emphyteutico an liberet Emphyteutã in ſolutione ceſſantẽ, ſi eam offerat, à priuatione Emphyteuſeos, ſeu caducitate.*

10 *Dominus an propria auctoritate Emphyteutam poſſit eÿcere.*

11 *Quomodo tempus trium annorum computandum.*

12 *Non ſola ſolutionis ceſſatione Emphyteuſis amittitur ipſo iure, ſed ita demum, ſi dominus velit. Et quis eius rei vſus.*

13 *Fructus poſt ceſſationis triennium, ante eiectionem Emphyteutæ, ſeu auocationem Emphyteuſeos ab ipſo percepti, ad quem pertineant?*

14 *An alius à domino de canone non ſoluto opponere poſſit?*

15 *An domino querelam caducitatis derelinquente, Emphyteuta nihilominus contra domini voluntatem Emphyteuſin deſerere poſſit?*

16 *An Emphyteuticus contractus pœnitentia vnius partis diſſolui poſſit?*

17 *An Emphyteuta domini querelam præueniendo, elapſo triennio, celeri ſatisfactioue caducitatem declinare poſſit?*

18 *Domino penſionem, poſt ceſſionem triennalem, ſine proteſtatione, recipiente, an perimatur caducitas.*

19 *Solutio à tertio facta an proſit Emphyteutæ?*

20 *Impedimentum ſolutionis quale Emphyteutam excuſet.*

21 *Domino penſionẽ recipere recuſante, quomodo Emphyteuta ſibi conſulere debeat, vt omne caducitatis periculum euitet.*

22 *Quo loco & tempore canonis ſolutio facienda ſit, ſi dominus & emphyteuta ſint diuerſi fori, remiſſiue.*

QVoniam contractus emphyteuticus potiſſimum dependet ex pactis contrahentium. *text, in l.1. infra,*

fra, eod. eleganter Iustin. hac constitutione sua definit omnia pacta, & potissimum quæ de reiectione Emphyteutæ, ob non solutam pensionem, vel non redditas publicarum † functionum apochas, apponuntur, & si de 1
hac re inter contrahentes nihil conuenisset, dubitatur, quid obseruari debeat. Nam quamuis simplex colonus, seu conductor, ob non solutam pensionem, expellatur. *l. ædes. supra, locati.* absque expectatione biennii, vel triennii, etiamsi conuenerit, de eo non expellendo ante finitum tempus conductionis, quia subest tacita conditio, si conductor soluendo pensionem ex sua parte contractum adimpleat. *l. 2. ff. si ager vectigal. l. quæro. §. 2. ff. locat.* aliud tamen seruandum videbatur in Emphyteuta, qui plus iuris habet, quam simplex conductor, cum ius emphyteuticum sit perpetuum, & vtilis dominii translationem contineat: cui rei, cum veteres nullam definitionem descripsissent, Iustinian. noua sua Constitutione cauit, vt si emphyteuta continuo triennio cessaret, in soluenda pensione, vel tradendis domino publicarum functionum apochis, iure suo caderet, sicut postea in emphyteusi Ecclesiastica biennii cessationem & moram iudicauit tali pœna dignam. *Authent. qui eos. infra, de Sacrosſ. eccleſ. & Nou.* 120. quæ locum habet, etiamsi generaliter de non expellendo emphyteutam conuentum sit: quia conuentio illa inita intelligitur, si Emphyteuta in soluendo pensionem vicissim contractui satisfecerit, nisi speciatim conuenerit, ne ob eam cessationis causam extrudatur. *text. in princip.* nam conuentio hæc securum facit Emphyteutam aduersus eiectionis periculum. Nec dici potest, Emphyteutam ea ratione ad delinquendum inuitari, cum possit alia via, & per competentem actionem ad solutionem compelli, adeo quod pactio huiusmodi sit vtilis, etiamsi Fiscus sit, qui emphyteusin concessit. *l. fundi. infra, de fundis patrimon. lib.* 11. aut Ecclesia, quæ fisco comparatur. *l. fin. infr de Sacrosſ. eccleſ.* Glossa & Panorm. *in c. auditis. de restitut. in integr.* Cessante autẽ huiusmodi cõuentione, inducitur caducitas, non solum

lum propter non solutam pensionem, verum etiam ob moram & cessationem commissam in reddendis apochis publicarum functionum, quas Emphyteuta Ecclesiæ, † etiam tenetur agnoscere. Dd. hic, & late Laurentius Siluanus *consil. 9.* ac domino, per ostensionem apocharum, probationem facere impletæ solutionis; ne videlicet ipse dominus, vel sequens possessor, reuersa vel extincta emphyteusi, ratione præteriti oneris possit inquietari *l. Impp. ff. de Publicanis. l. cum possessor. ff. de censib.* In quo illud est annotandum, constitutionem nostram exigere publicarum apocharum traditionem; licet priuatam pensitationem emphyteuta domino soluat, alioqui non liberatur, etiamsi apocham exhibeat; cum liceat excipere de pecunia scripta non numerata; quod non est in publicis functionibus, in quibus apochæ plus fidei habent. *l. fin. infra, de apochis publicis.*

2

3 Præter † causam cessationis & moræ, quæ in soluendo committitur, & propter abusum, vel deteriorem rem factam, libera est domino eiectio, etiam absque expectatione triennii vel biennii. *dict. Authent. qui res. & ca. fin. de locato.* quæ in cessatione solutionis exigitur, & tam late patet eiiciendi facultas ex Iustiniani constitutione inducta, vt exerceri possit, etiam aduersus Ecclesiam, quæ rem suscepit in emphyteusin, ex Accurs. † sententia *in d. Authent. qui res.* cui Salic. refragatur. Corasius probat Accursii sententiam, vbi Ecclesia ab alia Ecclesia rem habet in emphyteusin, cum non subsit causa, cur alteri magis faueatur: secus autem, si à priuato concessio obtenta sit, propter ius quæsitum, in quo prælati desidia (vt ipse vocat) non vsque adeo solet nocere Ecclesiæ, *cap. delictum, de reg. iur. in 6.* Sed cum hæc eiectio contingat iure, ante, & ex causa præexistente, quæ acquisitionem limitat, non video, cur aliud in priuato statui debeat, quam in Ecclesia, super eo, quod est intrinsecum, & venit ex natura contractus emphyteutici. Sed & aduersus secundum Emphyteutam, i. e. eum, in quem prior ius suum transtulit, procedit constitutio: quia iniectio manus (vt Baldus *ait hic nu. 8.*) est realis,

4

& af-

& afficit quemuis successorem. Nec tantum † committitur emphyteusis, si in solutione totius pensionis mora 5
fiat, verum etiam, si pro parte tantum cessatum fuerit: cum ad pœnam euitandam non sit satis partem debiti exsoluere. *l heredes.ad §. idē iuris. ff. familiæ erciscund.* adeo vt si vel minimum desit, puta, vnus nummus (nisi inaduertenter, vel erranter minus solutum sit. *l. quamuis rationes. ff. de condit. & demonstr.*) nihilominus emphyteusis committatur, ex multorum senteutia, quæ vera est, licet Corasius refragetur: Quandoquidem non tam effectum solutionis, quam formam & solemnitatem recognitionis, quæ perfecta esse debet, hoc casu consideramus: Ex quo † recte inferunt Interpretes, 6
quod vno plurium heredum soluere cessante, tota res domino committatur, Accurs. *in l. . . . . ff. communi diuid.* quia partem pensionis oblatæ iure recusat dominus. Dd. *hic in l. 2.* Et præterea ius Emphyteuticum, sicut hypothecæ. *l. 1. & 2. infra, si vnus ex plurib. hered.* est indiuiduum, id quod patet eleganter in responso *d. l.* concedentis, iudicem abstinere debere à diuisione agri vectigalis, ne præstatio vectigalis confundatur, quo pertinet, quod tota pensio ex eodem contractu descendat, & rem ipsam afficiat, ideoque solida à singulis peti possit; nec pars ab vno oblata ad liberationem proficit. Roman. *consil. 125.* late Ioan. Imbert. *in Institut. forensibus, lib. 1. in princip.* vnde apparet, Corasium hic perperam declinasse in contrarium, ex generali ratione & auctoritate legis, istas actiones inter heredes diuidentis, quæ hoc casu non procedit, propter indiuiduam hypothecæ & iuris Emphyteutici rationem & conditionem. Addit Iustin. Emphyteutam ex causis prædictis expulsum, amittere cum iure Emphyteutico ipsa quoque emponemata, id est, meliorationes, ad fundum excolendum, vel conserendum, ex lege & natura ipsius contractus † celebratas, sub quibus non continetur sumptuosum aliquod ædificium, vel quid simile vltro ædificatum: id enim saltem tolli poterit, vt videtur, salua manente rei substantia. Corasius hic *num. 19.* Præ- 7

8 terea † inducitur caducitas aduersus Emphyteutam, etiamsi interpellatus non fuerit, quia certus fuit pensionis dies soluendæ, qui Emphyeutam satis monere debuit. *text. hic, & in l. magnam. infra, de contrah. & commit. stipul. l. 4. §. vlt. de l. cõmissoria.* vt illis se offerret & solueret; quod latius explicat Ioan. Corasius *hic, in verb. expe-*
9 *ctare, & in verb. sese vltro offerre.* Deniq; † eiectionem Emphyteutæ non impedit adiecta pœna, ne pœna in odium non soluentis Emphyteutæ apposita ad eius gratiã referatur. Baldus *hic.* adeo vt nec in vim clausulæ, *rato manente pacto*, Emphyteuta, oblata pœna, valeat Emphyteusin retinere, cum clausula hæc eum solum tueatur, qui promissis stetit. *l. qui fidem. de transact. l. cum proponas* 21. *infra, de pactis, late hic* glossa, Baldus Corasius,
10 aliique. Sed magna & multum cõtrouersa † est quæstio: An domino liceat propria auctoritate Emphyteutã eiicere, an vero per Iudicem id fieri oporteat. Et scribit Iason *hic num.* 129. in puncto iuris sustineri posse, domino liberum esse, & in manu eius positum, propria auctoritate Emphyteutã expellere. Quod verum puto, quando liquido constat, finitã esse Emphyteusin: cum finito iure Concessionis, finiatur etiam possessio, & vis dominii directi (quæ semper stat, vt ait Baldus *consil. 9. lib. 1. in fin.* in actu permanenti) trahat ad se dominium vtile cum omni possessione in vim illius habita. Verum, quia vix vnquam est, quin maneat quæstio super extinctione Emphyteuseos, vel rei ipsius dominio, recepta est eorum sententia, qui, vt omnes contentionum fluctus & rixarum tumultus præscindantur, Magistratus auctoritatem desiderant. *leg. æquissimum. de vsufructu, l. non est singulis. de reg. iur.*

Porro, quæ de eiectione, ob cessationem triennii, à Iustin. præscribuntur, vera sunt, si trium annorum pensiones debeantur. Nam alioqui, si non singulis annis, sed secundo, tertio, vel quarto quoque anno soluenda sit pensio, triennium cessationis numerabitur à soluendæ
11 pensione, non a decursu annorum, argumento † eorum, quę scribit Baldus *in l. legem. infra. de locato.* exemplo seruitutis

bitutis alternis annis debitæ, in qua duplicatur tempus eius per negligentiam amittendæ. *l. si sic constituta. ff. quemadmodũ seruitus amittatur.* Præterea, quod hic de dominorum voluntate constituitur, contra dominos tantum est, vt solus triennii lapsus non priuet Emphyteutam iure suo; sed eo amplius necesse sit, dominũ petere & declarare voluntatem animi sui: sola enim cessatione solutionis non extinguitur Emphyteusis ipso iure; sed ita demum, si dominus velit. Quod † quamuis leue sit, tamen habet magnum momentum: nam inde fit, 12
vt † fructus cedant Emphyteutæ post triennium percepti, priusquam dominus rem à se auocet, quodque a- 13
lius † à domino non possit Emphyteutæ opponere, de 14
canone seu pensione non soluta. *l. loci. §. competit. si seruit. vendic.* Accursius *in d. l. 2. si ager vectigal. eodem.* Et denique, quod si malit † dominus, derelicta quere- 15
lâ, Emphyteutam manere, non possit Emphyteuta Emphyteusin deserere, quod rationem habet, non tam ex potestate argumentationis, quàm interpretes ducunt à contrario sensu huius constitutionis, quam ex vinculo obligationis, in ipsa susceptione Emphyteuseos contracto; quod pœnitentia † vnius dissolui nequit. 16
Rursus declaratio domini, quæ in reuocanda Emphyteusi est necessaria, hoc efficit, vt possit Emphyteuta, domini querelam præueniendo, etiam elapso termino triennii, post modicum tempus, per celerem satisfactionem, caducitatem † declinare, etiamsi sit 17
Emphyteuta priuati. Nam quamuis Pontificia constitutio *in dict. cap. potuit. de locato.* loquatur de biennio & de Emphyteusi Ecclesiæ: æquitas tamen purgandæ moræ post modicum tempus generalis est, *l. etsi post tres dies, ff. si quis canon. eod.* Denique cum Emphyteusis non committatur absque declaratione, & voluntate domini, sequitur, † caducitatem, & facultatem eii- 18
ciendi perimi, si dominus postea sponte & scienter, absque protestatione, oblatam pensionem receperit; quod verum est, etiamsi prælato Ecclesiæ solutio facta sit. Faber post alios *hic.* Quare recipiendo Canonem ius

 repellen-

repellendi tacite remittitur. *l. si fundus.* §. *& eleganter.* *& l. penult. de leg. commiss.* Sed quærunt Interpretes, an
19 † solutio à tertio facta prosit Emphyteutæ ad euitandam caducitatem? Et placuit prodesse. Quare, quoties agitur de iure reali conseruando, non interest quis soluat, pulchre Socin. nepos *consil.* 70. *num.* 2. *lib.* 11. ita tamen, quod liberum sit domino, oblatam à tertio solutionem refutare; quoniam sua interest, ab ipso Emphyteuta solutionem fieri, propter recognitionem. Iason *hoc loco.* & iuris emphyteutici conseruationem, aduersus possessionem & præscriptionem, quam alioqui Emphyteuta posset prætendere, argumento eorum, quæ scribit Roman. *consil.* 125. & Ioan. Imber. *Instit. forens.*
20 *lib.* 1. *circa princip.* Nec est prætermittendum, † iustum impedimentum prodesse Emphyteutæ, qui non soluit, ad excusationem, dummodo impedimentum tale sit, per quod Emphyteuta, nec per se, nec per alium solutionem facere potuerit; veluti, si ab hostibus captus, nec per sese comparere, nec procuratorem mittere potuerit, aut si dominus, cui solui possit, non appareat. *l. cum quidam.* §. *si pupilli. de vsuris.* quo tamen casu tutius est, depositionem & consignationem fieri: quia Iureconsultus *in d.* §. *si pupilli.* ideo excusationem tribuit heredi, qui grauatus est pupillo fideicommissum restituere, quod pupillus tutorem non haberet, & ita deesse, non solum cui solueretur, sed etiam qui declararet, an vellet fideicommissum habere & acquirere, sine qua declaratione vere non est debitum fideicommissum, quod nō nisi volenti & declaranti acquiritur. *l.* 1. §. *sed & quoties. l. coge.* §. *idem Metianus, ad Trebellianum.* Illud quoque proinde constitutum est à Iustinian. aduersus
21 dominos ludificantes, vt Emphyteutæ sibi † consulant, offerendo, consignando, & deponendo pecuniam seu pensionem, quam dominus recusat recipere: nam ea ratione euitatur omne periculum. Et olim quidem in æde sacra, vel apud tabularios; hodie apud Magistratū huiusmodi pecunia deponi solet: ita, vt facta depositione & cōsignatione, post debitā obligationē, contingat plena libe-

liberatio ab omni obligatione, nec competit domino aliqua actio aduersus Emphyteutam, sed contra eum, qui recipit depositum. *l. acceptam. infra, de vsuris.* In qua re considerandum est, etiam absque obsignatione & consignatione, solam oblationem sufficere, ad excusationem moræ, & ad declinandum caducitatis periculum, quando congruo loco & tempore facta est, & dominus recusat recipere. Glossa, & Marcus Anton. Natta *consil. 3. nu. 3 & 4.* Vnde frequens incidit quæstio; quo † loco, vel tempore oblatio facienda sit, maxime si dominus & Emphyteuta sint diuersi fori? quam hic tractant Interpretes & Iason *consil. 8. lib. 1.* 22

Ad legem vltimam.

SVMMARIA.

1 *Emphyteuta, irrequisito Domino, eiusque declaratione non expectata, ius suum Emphyteuticum alienans, aut in personam vetitam minusve idoneam transferens, ipso iure caducitatem incurrit.*

2 *An id obtineat, etiamsi ad traditionem realem non processerit?*

3 *Dominus in Emphyteusi an habeat ius protimiseos, & an pretium ab aliis oblatum hoc casu soluere teneatur?*

4 *Obligatus alij vendere sub pœna, an post denunciationem ei factam vltra duos menses expectare teneatur?*

EMphyteuta † non potest irrequisito domino ius suum emphyteuticum alienare, & adhuc si dominum requisierit, & declarauerit, quantum reuera ab alio offertur, nisi dominus voluntatem suam declarauerit atque manifestauerit, tenetur responsum expectare per duos menses, & si domino irrequisito, vel requisito, sed non expectato responso eius per duos menses, aut alioquin personæ vetitæ & minus idoneæ rei Emphyteuticæ capiendæ, vendiderit, cadit ipso iure ab Emphyteu- 1

 phyteu-



2 phyteusi, quamuis † ad traditionem realem non processerit, ex quorundam sententia, propter generalitatem huius constitutionis. Sed crebrior & verior est sententia, existimantium, in omnibus causis constitutionis cessare commissum, nisi realis traditio secuta sit, quoniam Iustinianus non prohibet simplicem alienationem, sed iuris realis translationem in perpetuum. Carol. Ruinus *consil 163. lib.* 1. Ioan. Maria de Riminald. *consil.* 217. *lib.* 2. ita vt interim semper locus sit pœnitentiæ: & vbicunque constitutio ponit pœnam commissi transferenti, vel aliter versanti, intelligitur secuto effectu realis traditionis. Carolus Molinæus *de feudis, parte* 2. §. 56. *gloss.* 2. *in fin.* quod verum est, non solum in emptione, verum etiam in legato, donatione, & aliis similibus titulis, si videlicet Emphyteuta ius suum legauerit, vel donauerit alteri. Quia quamuis retinendi ius pro pretio oblato illis titulis adaptari non possit; manet tamen ius dominii in quinquagesima, in laudemiis & aliis iuribus dominicalibus. Quin etiam sunt,
3 qui † tenent, sine iure, siue consuetudine domino semper ius prælationis competere, non quidem pro pretio oblato, (quod nullum est) sed pro pretio iusto & iudicis arbitrio determinando. Cumanus *consil.* 37. adeo quod generaliter in omnibus causis acquisitionum hæc constitutio locum habeat; nisi agatur de alienatione fundi censualis, de pignore, donatione propter nuptias, dote, vel necessaria alienatione, quæ fit per adiudicationem iudicis publica auctoritate, vt eleganter ostendit Carolus Molinæus *lego supra citato.* addens constitutionem etiam cessare in locatione longi temporis, in prædiis tributariis, & in Emphyteusi fiscali *l.* 1. *infra. de fund. patrim. lib.* 11. quia nouus acquisitor, sine alia recognitione, ipso iure fisco est obligatus. *l. impp. ff. de publican.*
4 Occasione autem eius, quod hic dicitur, de domini voluntate expectanda per duos menses, inferũt Interpretes, obligatũ alii vendere sub pœna, nõ teneri, si denunciauerit debenti emere, & expectauerit duos menses, quibus elapsis licet alii vendere. Bart. Castr. & Ang. *in l. qui*

in l. qui Roma.§. coheredes ff. de verb. oblig. quamuis Cuman.*d.conſ.*27. totum hoc relinquat arbitrio iudicis, ita tamen, vt is, cui quis obligatus eſt vendere, tempeſtiue comparens, offerre teneatur tantum, quantum offertur ab alio extraneo, argum. *l. fin. infra, ſi propter publicas penſitat.* reiecta Angeli ſententia. *in l. ad officium. infra, communi diuidundo.* quæ vult, ſatis eſſe iuſtum offerre pretium.



FORMA SEV EXEMPLVM PROCESSVS IVDICIARII IN CAVSIS EMPHYTEVTICIS vsitati, iuncta decade Votorum seu Relationum Cameralium, hanc & vicinas materias, CENSVVM scilicet, FEVDORVM, & LOCATIONIS luculenter explicantium.

SVMMARIA.

1 Hueben *quid.*
2 *Testis se suspectum reddit, qui ex contemptu, personæ contra quam producitur, certum nomen imponit.*
3 *Testes præmeditato sermone, vno ore deponentes, suspecti.*
4 *Ob interrogatoria omissa examen suspectum.*
5 *Testis sibi contrarius suspectus.*
6 Huebner *&* Affterlehner *quomodo differant.*
7 *Frangenti fidem fides frangenda.*
8 *Verba accipienda vt sonant.*
9 *Dominium vtile & directum non cadit in eandem personam.*
10 *Mansus* ein Huebner.

Breuis facti species.

ABbas habet zu Tettelbach etliche Hueben / id est, Höff/prædia, vel villas. Huebner seynd emphyteutæ, coloni. Hi, scilicet coloni, seynd zugefahren/ vnd haben solche Stück vnd Hueben/ sine scitu Abbatis, deß Lehenherrns / hin vnd wieder alienirt / vnd zu Afftersehen gemacht. Quod cum resciuisset Abbas, hat er solch Afftterlehnen nicht wöllen den rusticis gestatten / nisi cum certis modis & conditionibus; vt infra in processu causæ videbitur.

Acta

Acta primæ instantiæ am Landgericht deß Hertzogthumbs zu Francken.

Klag.

Libellus Actoris, Prælati Abbatis, contra prædictos. Beklagt sie vmb alle jhre Haab vnnd Güter zu Tettelbach/ es sey eygen oder Lehen/ liegend oder fahrend/ ꝛc. Darumb/ quod Rei huiusmodi etliche Güter/ Häuser/ vnd Städel/ auß jhren Hueben gezogen/ dieselben ohn wissen vñ willen deß Klägers/ als dieser Hueben rechten natürlichen Lehenherrns/ zu Afterlehen gemacht/ die vmb Zinß hingeliehen/ welches jhnen nicht geziemet. Specificantur postea bona in articulis infra. Sperat igitur, quod Reis in gemein vnd insonderheit/ solch fürnemmen/ mit zertrennung vnd außtheilung der Huebe/ mit Verkauffen/ mit Zinsen zubesetzen/ selbst zu Lehen vnd Afterlehen zumachen/ sine scitu & consensu Actoris, als der Hueben Lehenherrn/ nicht gebühre/ sondern dauon abstehen/ vnnd die außgezogene Güter von den Hueben ab ipso Actore, als domino feudi, empfahen/ vnnd jährlich ein Bekandtnuspfenning darauff setzen sollen/ vt sciatur, daß solche außgezogene Güter in die Hueben gehören/ idque in perpetuum ita seruetur, &c. Id ita petit.

Litis contestatio cum Articulis defensionalibus.

Rei contestantur litem negatiue, dantque sequentes articulos exceptionales, & peremptoriales.

I. Daß vor 10. 20. Jahren/ vnd vber Menschen gedencken/ Hueben vnd Hueber zu Tettelbach gewest/ vnd noch/ so von dem Abt zu Lehen rühren. R. Credit, quia pro se; dum fatentur Rei dominium.

II. Daß die Hueber allzeit/ wann es sie gelüst/ vnersucht deß Abts vnd Conuents/ auß den Hueben/ Häuser/ Schäuwren/ Städel/ Wiesen/ Aecker/ ꝛc. vmb ein Zinß hingeliehen/ vnd zu Afterlehen gemacht. Resp. nach dem Vertrag nicht wahr.

III. Quod Rei solche Hueber seynd / vnnd von den Hueben innhaben vnd besitzen / id est, quod sint vasalli, & subuasalli. Resp. Credit.

IV. Daß auff die hinachlassene Gärten / außgetheilte Wiesen / Güter / Acker / etliche Häuser / Scheuwren / Städel gebauwet worden. Resp. Credit.

V. Daß in verlenhung solcher Afterlehen dem Herzn an seinem Lehen vnnd Zinß nichts benommen / sondern kommen dem Lehengut vnd Herzn zu gut vnd besserung. Resp. Den Lehenherzn betreffendt / non credit.

VI. So ein Afterlehenmann sein Lehen wieder verkaufft oder verändert / so haben allemal die Hueber / vnd nicht der Abt dieselbe verliehen vnnd eyngenommen. Resp. Ante contractum credit, post non.

VII Quod die Hueber vltra hominum memoriam sint in quieta possessione. Resp. vt ad sextum.

VIII. Vox & fama; mox articulantur contractus, vnd Sprüch.

IX. Ante aliquot annos, tempore Episcopi Rudolphi zu Wirtzburg / sey der Afterlehen halber zwischen dem Abt vnnd den Huebern auch streit gewest. Resp. Credit.

X. Quod ambæ partes tunc in istum Episcopum compromiserint. Resp. Credit.

XI Quod dictus Episcopus gesprochen / welcher Hueber auß seiner Huebe einen Acker oder mehr zum Afterlehen machen wolte / solte das zu thun macht haben. Resp. Non credit simpliciter.

XII Daß sie dessen also vor vnd nach dem Spruch vsque nunc in rühigem Gebrauch vnnd Besitz. Resp. Non credit.

XIII. Daß in solchem Spruch weiter herkommen / vnd versehen / wann ein Subuasallus sein Afterlehen verkaufft / so sols der Hueber / auß dessen Huebe das gezogen / verleihen / vnd das Handlohn / id est, laudemium, annemmen / & sonst nemo alius. R. vt ad septimum.

XIV. Generalis, de fama.

Actores

Actores faciunt ein Anzeig / & dant Positiones, seu Articulos.

Articuli Actoris.

I. Michel Hilbrandt hat auff seinem Absterben ein Huebe zu Tettelbach verlassen / genandt die engen Huebe.

II. Quod eius filius Sixtus, & heredes, die engen Huebe also außgetheilet / quod Sixtus filius Hilbrand innen habe die Scheuwren / vnd daruon einen Zinß gebe / als von einem Afftterlehen in der Huebe.

III. Quod Cronthals Wittib Margretha innhabe die grosse Behausung derselben Huebe.

IV. Quod Hans Semer innen hab die alte Behausung derselben Huebe.

V. Quod Rei gemelte Huebe also vnter sich außgetheilet / sine scitu & voluntate Actoris, als Lehenherrns / vnd haben sich nicht eynschreiben lassen.

Quo ad alios infra nominatos Reos ist die Sache vertragen / ideo sequentes articuli nicht geschrieben.

Rei dicunt, hos articulos nicht zuzulassen / sey die gantze Klage per peremptoriales abgeleinet / volunt & petunt eos ad probandum admitti; quod Reus excipiendo fiat Actor.

Actor contra. In summa per sententiam decernitur, Actorem ad probãdum admitti debere, vt admissus est.

Responsiones Reorum, quæ à singulis datæ sunt, medio iuramento.

Sixt. Hilbrandt fatetur 5. articulos durchauß wahr; solum quod pater eius in 1 articulo ein Theil an der Huebe gehabt. Quintum etiam credit; quod non teneatur sich lassen eynschreiben.

Hans Semer dicit 4. articulos wahr / vt Sixtus auff . nescit, weil er sey ein frembder Einkommer.

Wilhelm Hilbrandt credit, & fatetur durchauß

omnes

omnes 5. articulos; gestehet aber nicht/ quod Actores solcher (posset forte totius corporis esse Lehenherr) Stücke Lehenherrn seyen.

Eratz, vidua Cronthals super 1. articulo: der Michel habe zwey Theil von der Huebe gehabt/ alios credit vsque ad quintum, ad quem dicit, vt supra Sixtus, quod non teneantur sich lassen einschreiben/ quod Actor der Stücke oder Subfeudation mit Lehenherr.

Deinde Actor bringet für Probationschrifft vnnd Vertrag/ vt infra.

Nemen die Bekandtnus an. Vnde patet, Reos contrauenisse dem Spruch. Producitúrque in vim probationis solcher Spruchbrieff. Putat vlteriori probatione non esse opus. Petit vt infra in der Klag.

Spruchbrieff.

Wir Rudolff/ rc. Bischoff zu Wirtzburg.

Fatetur se pro commodo vtriusque partis, & ad euitandas maiores expensas, cum consilio suo: um pronunciasse, vt infra sequitur, beyden Partheyen zu gut.

Die Huebner haben ius lignandi, pascendi, &c. Ist eine gemeine Gerechtigkeit der Hueben. Sed Subuasalli seynd nicht Huebner/ sondern Afferlehner/ quia sie haben Stücke jhnen außgetheilet vmb einen Zinß. Ideo gesprochen inter alios articulos, daß kein Huebe in mehr dann vier Theil getheilet werden soll.

Welcher Huebner aber in futurum auß seiner Hueb einen Acker oder mehr/ vmb einen jährlichen Zinß vererben/ oder vmb einen erblichen Pacht/ Emphyteusin, vnd zu Afferlehen/ verleyhen/ oder aber sein Hueb in vier Theil außhueben oder außtheilen wölte/ der soll deß macht haben/ doch mit der Massen/ daß solche Außhuebung oder Vererbung/ vns/ oder vnsern Nachkommen/ als den Vogtherrn deß Klosters/ dardurch vnser Vogtrecht/ auch dem Abt/ als dem Lehenherrn/ sein Zinß oder Handtlohn nicht entzogen werde/ vnd es soll auch der Huebner solche Afferlehen eynschreiben lassen/ dem Abt auch pro inscriptione drey Pfenning geben.

Ferner

Ferrner sprechen wir auch so ein Huebner sein Hueb vorgemelter massen außtheilet/ daß die halb/ gar/ oder ein Viertheil darauß verkaufft würde/ daß emptor dieselbige von gemeltem Abt/ vnd seine Nachkommē Aebten/ id est, Abbatibus, als den Lehenherrn empfahen/ sich auch eynschreiben lassen/ vnnd gewöhnlich Handtlohn dauon geben soll/ wie von alters herkommen. Infeudatio debet fieri zu Tettelbach.

Verkaufft aber ein Afferlehener einem andern eins oder mehr Afferlehen/ dieselbē Afferlehen sollen dem Huebner/ auß dessen Hueben die genommen vnnd verkaufft worden seynd/ vnnd niemand sonst anders verleyhen/ vnd jhme auch verhandtlohnet werden/ doch also/ daß derselbe Huebner/ der solche Afferlehen verliehen hette/ schüldig seyn soll/ die Käuffer/ als Besitzer derselben Afferlehen eynschreiben zulassen/ vnnd pro inscriptione 3. pfen. geben/ vt supra von einer Hueben gesaget/ vnnd solches soll auch also gehalten werden/ so offt es geschicht/ id est, in omni casu, ohn gefährde/ Anno 1485.

In summa der Streit ist deß Handtlohns halben/ quia der Huebner vult id laudemium à suo subuasallo accipere, Abbas econtra dicit, sibi inutile tale directum dominium fore, dann es tandem darzu kommen möchte/ per huiusmodi subinfeudationes, daß solche Hueben in vniuersum annihilirt würden/ vnnd würde dem Lehenherrn/ Abbati scilicet, zu Nachtheil gereichen/ deß Zinß oder Handlohns halber.

Exceptiones Reorum contra probationes Actoris.

Rei nunquam negarunt, daß sie jhre Häuser vnnd Scheuwren/ als Afferlehen besitzen. Inde non sequitur, daß sie die vom Abt empfangen/ & Handtlohn geben solten/ vnd sich eynschreiben lassen. So vermag das der Vertrag oder Spruch auch nicht. Declarant den Vertrag/ quod solche Güter alle vor dem Spruch Afferlehen gewesen/ idque vber Menschen gedencken. Si quid

quid venditum, seye nicht geschehen von einem Hueber/ sondern von einem Affterlehner / man solle sonst (vermöge deß Vertrags) auß keiner Huebe Affterlehen machen/aber die Affterlehner mögen wol verändern.

Replicæ Actoris.

Negant Actores, quod ante Vertrag Affterlehen gewesen. Imo non potuerunt Rei post den Spruch/ die Güter zu Affterlehen machen. Non potest quis als Hueber vnnd Affterlehner seyn. Quia nemini res sua seruit, darumb hat jhnen nicht gebühret / die Güter also zu verafftерlehenen/ ne domino sua proprietas interuertatur.

Duplicæ Reorum.

Repetunt priora, addendo additionales articulos ad prædictos exceptionales, offerendo probationem.

XV. Quod ante 20. Jahren / & vltra hominum memoriam die streitige Häuser vnd Scheuwren Affterlehen gewesen / vnd auff die Beklagten als Affterlehen kommen seyn. Resp. Non credit.

XVI. Quod ante annos Iacob Kliber vixit. Resp. Verum.

XVII. Quod is die gantze eygen Hueb allein eyngehabt. Resp. Credit.

XVIII. Quod Hans Worm tunc temporis vixerit, qui coætaneus Iacobi. Resp. Credit, nisi quod Endres Worm dictus, non Hans, est error nominis.

XIX. Quod ille Worm die streitigen Häuser vnnd Schewren/ so Rei, Sixt Hilprand/die Cronthälin/vnd Hans Semer innhaben / für Affterlehen auß der gantzen Hueb gezogen / vnnd zu Affterlehen von Jacoben Klieber/als Besitzer der gantzen eygen Hueb/getragen habe. Resp. Non vt ponitur, nicht wie gesetzet.

XX. Daß Endres Worm eine eheliche Tochter gelassen. Resp. Credit.

XXI. Quod Michael Hilprand eam duxerit vxorem. Resp. Similiter.

XXII. Quod

XXII. Quod mit derselben/ id est, cum vxore, diese Afferlehen auff jhne Micheln kommen seyen. R. Non credit, in verbo Afferlehen.

XXIII. Quod post eius vxoris mortem dictus Michael alteram duxerit vxorem, viduam Iacobi Kliebers. Resp Credit.

XXIV. Quod illa secunda vxor Michaeli den dritten Theil an der eygen Hueben zubracht. R. Credit

XXV. Quod idem Michel deinde noch ein Dritheil der Hueben von Michel Klieber/ id est filio Iacobi erkaufft/ credit.

XXVI. Quod post mortem Michael Hilbrands solche Häuser vnd Schewren als Afferlehen/ zusampt den zwey drittheiln der eygen Huebe/ auff Erhart Cronthal vnd jetzt sein Wittfraw/ ad reos, als den Sixten Hilbrand/ vnd Hansen Semer/ kommen. Non credit.

XXVII. Fama.

Michael Hilbrand hab die Stück eyngehabt/ ehe daß er ein Huebner worden.

Hueb est † quoddam ius vniuersale, puta lignandi, pascendi, &c. cuius participes vocantur Huebner. 1

Triplicæ Actorum.

Jhre Klage sey confessione partium bekandt. Imo additionales articulos non admittendos, quod si huiusmodi consolidatio fieret, perderet dominus feudi ius suum. Dicunt articulos irrelevantes, imo petunt priora.

Rei contra.

Tandem per interlocutoriam admissi sunt ad probandum. Itaque examinati testes, etiam super interrogatoriis, licet impertinentibus.

Annotabimus attestationes super negatis solummodo, vt infra sequitur.

Primus testis, gedenck 50. Jahr/ ist 70. annorum, sey ein Hecker/ ist legalis. Nihil ad propositum.

Secundus testis, ciuis zu Tettelbach/ vbi 50. annos habitauit, ist legalis.

Ad 6. articulum. Er halt den wahr seyn/ vnd sey allzeit

zeit

zeit also gehalten worden/ emit vineam à quodam N: qui venditor habe dem Huebner sein Handtlohn geben.

Ad 7. deponit de auditu.

Ad 8. partim nescit, & parum dicit, nisi, quod non Ioannes, sed Endres Worm fuit nominatus.

Tertius testis, ist ein Huebner, quinquagenarius, ist sonst legalis.

Ad interrogatorium primi articuli, numerat 25. Hueben/ & inter ea, die eygen Huebe/ & quod dieselbige vnd alle andere Hueben vom Abt zu Lehen gehen/ vnd sonsten von niemand anderst.

Ad secundum articulum, pater testis habe eine Hueb zum halben Theil inngehabt/ & alius den halben andern Theil/ qui patri ipsius ein Stück daruon verliehen zum Affterlehen/ ohne Ersuchung deß Abts/ seyen auch dermassen viel Affterlehen gemacht/ sine scitu Abbatis; &c.

Vor 30. Jahren seyn Affterlehen gemacht/ ohne deß Abts zuthun.

Ad quintum, Wann einer ein Theil hat an der Hueben/ ist er ein Huebner/ wann einer aber ein Stück hat/ sey er ein Affterlehner.

Ad 6. sey wahr. Causa scientiæ; quia ipsemet solches gethan/ dann die Huebner haben macht Affterlehen zu machen/ vnd Handlohn zuempfangen.

Ad septimum. Wahr/ quia sæpe interfuit talibus actibus.

Ad 12. Wahr/ pro causa scientiæ, repetit priora.

Ad 18. Wahr/ sed erratum in nomine, vt infra.

Quartus testis 55. annorum, Legalis, audiuit esse zu Tettelbach bey die 25. Hueben/ so von dem Prælato Lehen rürig.

Ad secundum, Wahr. Causa scientiæ; quia er selbst ein Affterlehener. Emit enim ein Stücke/ i. e. vineam, vom Huebner N. dem habe er auch Handlohn geben/ vnd sey das ohn männigliches eyntrag geschehen.

Dicit se nescire, welche die Kläger seyen. Id certe est mirum, cum infra generaliter interrogatus dixerit, daß er ne-

er nemini litigantium verwandt/ oder zugethan. Ist ein seltzamer Zeuge.

Ad 5 Articulum, An den Zinsen vnd Lehen gehe dem Lehenherrn nichts abe/ so aber ein gantze Huebe verkaufft/ vnd Afftterlehen darauß gemacht/ so werd sie am Handlohn geringert.

Ad 6. Dicit verum. Causa scientiæ, vt ad secundum articulum supra, Es sey ein alt Herkommen/ seye ipsemet ein Afftterlehener.

Ad 18. Nescit, ob es Lehengut/ oder nicht.

Ad 26. Nescit von Afftterlehen.

Quintus testis, Leonhart Schuber/ mercator zu Tettelbach/ quinquagenarius, ist auch ein Hubner/ hat ein halbe Huebe eyn.

Ad secundum articulū, verum. Ratio, quod quamdiu meminit, ist es also gehalten/ wann einer dem Münch den Zinß gibt/ sey er jme nichts mehr schuldig. Est mihi suspectus hic testis. Quia † Abbatem ex contemptu vocat einen Münch. Est Lutheranus, non mirum, quia ein Kauffman. 2

Ad 6. Articulum, dicit verum.

Ad 12. Articulum, dicit verum.

Sextus testis, Hans Hammer 55. Jar alt/ ist selbst ein Huebner.

Secundum articulum dicit verum. Vrsache/ so lange jhme gedencket/ sey es also gehalten worden.

Deponit pro se; quia ipsemet est Huebner/ sie haben Afftterlehen zu machen/ ohne wissen vnnd willen Abbatis & Conuentus Posset multos nominare qui ita fecerunt. Consuetudo ita est, ob schon dem Abt dardurch Abbruch geschehen. Ipse tenet consuetudinem.

Sextum & septimum dicit verum. Nescit vom Fürstlichen Spruch.

Ad 12. Wahr. Vrsach/ quod quamdiu meminit, sey es also gehalten worden/ ꝛc. vor vnd nach dem Spruch.

Septimus testis, Hans Zanck ist auch ein Huebner/ ist der Cronthälin verwandt/ doch von weitem/ 38. annorum, ist sonst legalis.

Secundum dicit verum. Vrsach / quod quamdiu meminit sey es also gehalten / habe es auch selbst nie anderst gehalten/vnd gebraucht. Er habe ein Stücke von seiner Hueben selbst zweymal verliehen zum Affterle-
3 hen. Videntur † omnes testes sich vnderredet habẽ/quia vno ore,& quasi præmeditato communicatoq; consilio deponunt, ne sibi ipsis præiudicent. Accedit quod &
4 examen mihi suspectum, ob † omissa Interrogatoria,& disturbatum articulorum ordinem & seriem.

Sextum & septimum articulum,verum. Ad 12. similiter verum. Sey vor vnd nach dem Spruch also gehalten/vnd sonst der Brauch.

Decimum quintum, verum. Quia scit aliquot domos, so in sein Lehen gehörig / vnd zu der engen Huebe. Nescit aliud, dann daß es Affterlehen seynd. Audiuit enim von den alten semper, je vnd je.

Ad 18. Nescit, obs Affterlehen oder nicht gewesen/ so Endres Wurm inngehabt.

Ad 22. Audiuit. 26. dicit verum, quia articulatæ personæ haben Michael Hilbrand geerbet.

Octauus testis Martin Stahl/ 50. Jahr alt.

Ad secundum nescit. Ad 6. audiuit.

Ad 7. audiuit semper consuetudinem fuisse.

Ad 25. dicit verum.

Nouus testis, Endres Körner 64. jährig/ eius pater fuit ein Huebner/Legalis.

Ad 2. Verum. Vrsach / es sey also gehalten worden etiam tempore patris sui.

Ad 6. Wahr. Quia consuetudo sit ita obseruata ohn einigen Inntrag. Er habe selber den Huebnern Zinß geben.

Ad 7. Wahr. Quia ita semper gehalten worden.

Ad 12. Wahr. Ratio, quod consuetudo sic obseruauit,vt supra ad 6. & septimum.

Dicit se non nouisse litigantes. Id mirum est, so er doch in Interrogatoriis generalibus hat müssen anzei-
5 gen/ vtri parti magis faueat, &c. ô † rustica ingenia, nimisque crassa seu grossa.

Deci-

Decimus testis Hans Rieberer 50. Jahr alt / jhm gedencken wol 40. Jahr. Nescit per totum καὶ οὐδὲν πρὸς ἔπος.

Exceptiones Actorum, contra attestationes Reorum.

Acceptant pro se facientia, sonst generalia contra.

Decimusquintus articulus sey nicht erwiesen.

Die Zeugen sagen / man soll sich eynschreiben lassen / vnde sequitur, ohne Willen vnd Vorwissen deß Praelaten hätten sie nicht macht Affterlehen zu machen.

Petitur vt supra.

Replica Reorum.

Kläger haben nichts bewiesen / idcirco rei absoluendi, die Beklagten haben pro se praescriptam consuetudinem, sey auch der Fürstliche Spruch vor sie.

Repetunt dicta testium.

Nota zum Bericht.

Habens † ein Theyl an der Hueben ist ein Huebner / 6
aber qui habet ein Stücke / puta Schewrn / Hauß / Stadel / ꝛc. ist kein Huebner / sondern ein Affterlehener / qui non est particeps illius vniuersalis iuris der Hueben / wie ein Huebner. Et in vim probationis producunt ein vidimirt vnd confirmirt Zinßbuch oder Register.

Duplica Actorum, in qua disputantur articuli deß Vertrags.

Testes suspecti, dann sie selber Huebner seynd / & in rem suam deponunt. Quod rustici illi non satisfecerint dem Spruche / ꝛc. Dant declarationem deß Spruchs vnd Vertrags. Et quia die Huebner nichts gehalten / idcirco nec actores seruare tenentur, iuxta † illud, fran- 7
genti fidem fides frangatur eidem. Ob schon den Huebnern vergundt / einen Acker / oder mehr zu verleihen / inde non sequitur, daß sie Häuser vnd Städel / ꝛc. auch verleihen mögen. Nam appellatione † agrorum, non 8
veniunt domus, horrea. Quinimo verba accipienda sunt, vt sonant: Also gebühre dem Abt das Handlohn: Das Wort / vorgemelter massen / im Vertrag ge-

setzt/ist relatiuum ad præcedentia. Ideo haben die Bawren nicht macht Afterlehen zu machen / nach dem Spruch/nisi cum conditione, daß dem Abt sein Handlohn zukomme.

Seynd wol 2000. Stück so zu Afterlehen gemacht. Quod dicunt rei actorem non probasse, refert se actor auff der Beklagten eygen Bekantnusse.

Die Afterlehner können nit Huebner seyn/ quia in
9 eandem personam non cadit vtrumque † dominium, directum scilicet & vtile, können nit selber Lehenherrn seyn/vnd Huebner/hoc est Domini simul, & vasalli,&c. sey gantz absurdum.

Producit eine Verschreibung cuiusdam rustici super annuo censu. De dato Anno 99. hat es inngehabt/ nicht als ein Afterlehen/ ꝛc. distinguunt inter Huebner & Afterlehener/ quia Afterlehener habet rem singularem, sed ein Huebner habet quotam partem der Hueben/ ꝛc.

Concludunt & petunt, vt infra.

Triplica Reorum.

Dant quoq; suam declaratoriam zum Spruch oder Vertrag.

Repetendo priora.

Allegant & repetunt consuetudinem, eamque à se satis probatam.

Item allegant den Spruch in eo articulo, daß die Huebner pro inscriptione allein 3. Pfenning zugeben schuldig/ ꝛc. Ergo non tenentur ad Handlohn/ so rede auch der Vertrag nicht allein von den Ackern/ sondern auch von Häusern/ Schewren/ Stadel/ sub illa voce, Acker/ vnd andere mehr. In summa, trahũt den vertrag pro se, alium intellectum ei applicando. Non esse opus nuda inscriptione, wann man jhme Abbati Handlohn schuldig were/dann solches sonst eyngeschrieben wirdt/ so man dann 3. pfenning gibt/ sequitur vlterius nihil deberi, sicque nec Handlohn. Item ex iisdem bonis Zinß reichen vnd Handlohn geben/ ist nicht verisimile, Hoffrad/Hoff/Hauß vnd Scheuwer/fundus instructus.

Ein

Ein Affterlehen bleibet ein Affterlehen / nisi contrarium probetur, quod naturam feudi perdiderit.

Se offerunt ab obseruandum den Vertrag / iuxta intellectum suum.

Quadruplicæ Actorum.

Protestantur von den Schmähschrifften / ex aduerso producirt, scilicet in dd. Triplicis, vbi multæ calumniæ & conuitia in Monachos coniiciuntur ex schola Lutheranorum.

Conclusum in causa.

Sententia. Erkeñen. 1. quod dem Fürstlichẽ Spruch in allem Folge soll geschehen / sonderlich in dem / daß die Affterlehen nach solchem Spruch gemacht / außgehuebt vnd verkaufft / vnnd so vor nicht Affterlehen gewesen seynd / mit gewöhnlichem Handtlohn / wo es hievor nicht geschehen / empfangen werden sollen / doch sollen die zimliche bekandte Zinß in die Hueben / darauß sie genommẽ / beständig bleiben / aber alle vor dem spruche außgehuebte Affterlehen / sie weren / oder würden vor oder nach dem Spruch gebawet / oder nicht / die sollen / wie von altem herkommen / als Affterlehen in deß Abts Buch / vermöge deß Spruchs / eyngeschrieben werden / in 3. Tag vnd 6. Wochen. Compensatis expensis, &c. Lata Anno 23.

Ab hac sententia Rei, vnnd dann alle Huebner in gemein / pro suo Interesse appellarunt am Hoffgericht zu Würtzburg / vt in instrumento.

Grauamina appellationis.

Beschweren sich deß Articuls in dem Vrtheil / daß dem Spruch in allem soll Folg geschehen. Non debuit Iudices den Spruch zu declariren / sed quod ad Episcopum, qui tulit den Spruch / & eius successores spectet declaratio, &c.

Petunt pronunciari, male iudicatum, bene appellatum, vnd daß Appellantes macht haben sollen jhre Hue-

ben erblich auß zutheilen/ jre Kinder damit außzustewren/ vnnd sonst Affterlehen zu machen/ vnd zuuerleihen vnd dieselbe Affterlehen von den Huebnern/ vnd nicht vom Abt entpfangen werden/ ꝛc. cum refusione expensarum.

Litis contestatio.

Exceptiones.

Appellati fundant se etiam auff den Spruch/ & quod Iudices priores darwider nicht gesprochen. Wann ein Affterlehener etwas weiter verkaufft/ haben die Huebner macht zu empfangen/ ꝛc. vnnd petit Abbas allein/ wann die zum ersten Affterlehen gemacht/ jhme Handlohn zu geben/ darnach nicht weiter/ ille sit verus intellectus deß Spruchs.)

Petunt pronunciari bene iudicatum, male appellatum.

Replicæ Appellantium.

Concluditur in genere, & specie, habe den Vrtheilern nicht gebüret/ wider den obgemelten Spruch zu iudiciren.

Duplicæ Appellatorum.

Repetunt priora, & petunt vt infra in litis contestatione.

Triplicæ Appellantium.

Episcopus ist Obervogt deß Lehens. Sed ei non datur Handlohn. Ergo nec Abbati, ceu inferiori, debetur, &c.

Seynd eytel Generalia.

Quadruplica Appellatorum, & Conclusionschrifft.

Sey nichts deß Spruchs declaration halben geurtheilt/ sondern sey der Spruch confirmiret per sententiam. Quia rustici teneantur dem zugeleben.

Conclusum.

Anno 28. haben darauff die Hoffrähte bedacht genommen

kommen vsque ad annum 39. Et tunc pronunciarunt vt infra, citatis scilicet partibus ad audiendam sententiam, &c.

Sententia 9. Sept. Anno 39. lata.

In der Appellationsachen/ die vorige Vrtheil zu reformiren/ erkennen wir/ daß den Beklagten vnnd Appellanten (hic fit specificatio der Beklagten/ vnnd der Häuser vnd Schewren/) die Häuser vnnd Schewren/ die sie/ laut jhrer Bekantnuß/ besitzen/ vnd nach absterben Michel Hilbrands auß der eygen Huebe getheilet vnd gezogen haben/ nicht geziemet noch gebühret habe/ ohn wissen vnd willen Herrn Abts/ Prior vnd Conuents S. Stephani/ als der Huebner rechten Lehenherrn/ berürter massen/ auß/ vnd von jhren Haubthueben/ zuziehen/ vnd außzutheilen/ für sich selbst Afterlehen zu machen/ vnnd als Afterlehen mit Zinß zu besetzen/ dieselben also zuuerleihen/ oder zuuerkauffen/ vnd Handlohn daruon zunemmen/ alles respectiue, so viel einem jeden/ nach Gestalt ergangener händel/ belanget/ sondern daß bemelte Huebner/ oder jre Erben/ in solchem allem dem Fürstlichen Vertrag/ seines Innhalts/ wie die Articul vnd Puncten von den Huebnern/ oder Huebgütern/ dareyn klar vnd lauter außweisen/ sich gleichmässig zuhalten/ pflichtlich vnd schuldig gewesen/ auch hinfürter halten/ vnd denselben nachkommen sollen. Cum refusione expensarum huius instantiæ. Lata vt supra.

Appellatio.

Ab hac sententia Reorum heredes appellant ad Cameram. Vnus solum prosequitur appellationem (die andern lassen die Appellation fallen/ vnnd vertragen sich cum Prælato) & post eum heredes ipsius, Hans Krauß vnd Wendel Zanck/ similiter hic appellationem prosequuntur, datis Procuratoriis, &c.

Libellus appellationis summarius in communi forma trifft der Margrethen Cronthälin Theil allein an/ cius heres Wendel Zanck.

Schwabach pro Appellantibus, als Erben Cronthälin vnd Zanck. Themar pro Appellato Abbate.

 Graua-

Grauamina Appellantium.

Dicunt jhr Hueb ein eygene Huebe sey. Primum hat dieselbige Hueb Jacob Klieber/nach jhme seine heredes inngehabt/ sey letzlich auff jhn kommen/scilicet den Appellanten/id esse satis probatum per testes omnes. Vnde werde die eygen Huebe genannt / welche differt von den andern Hueben dero/ so appellationem deserieret. Imo Procuratores male fecerunt confundendo solche differentiam. Dann diese Huebe sey kein Lehen / vnde non sequitur. Die andere Hueben seynd Lehen/ergo & diese eygen Huebe/dann ex diuersis nihil infertur. Confirmat.

Quia die Hueb hat eygene Zinß / Zehende / vnd andere Gerechtigkeit / die andere Hueben nicht haben. Affertur ad hoc quoddam Vidimus; ex quo dicit constare, daß die Huebe nicht lehen sey. Sed non sequitur, die Huebe ist zehend frey/ergo ists kein Lehen/etc.

Posito, non concesso daß diese Hueb Lehē/so müsten doch die Stücke vor dem Vertrag Affterlehen seyn/die Huebe sey auff jhnen als Erben kommen/nicht Lehensweise / sondern Eygenthümblich.

Dieweil dann diese Hueb nicht Lehen / vt in prima instantia, medio iuramento, verneinet / ideo sequitur male iudicatum, quod petunt pronunciari. Dann error Aduocati non debet nocere parti.

Exceptiones contra Grauamina.

Abbas negat, daß die Huebe kein Lehen. Illud enim, quod dicitur eygen Hueb / nihil facit, quia non inducit proprietatem, quia ipsa vox, Huebe / ex sui natura aliud denotat; videlicet daß sie Lehen sey / sicque arctat adiectam dictionem, eygene / quasi dicat ein eygen Lehen. Adhæc si sunt Affterlehen darauß gemacht / sequitur, daß die Huebe auch Lehen sey / vt deriuatiuum accipiat vigorem sui primitiui. Dann Affterlehen præsupponit zuuor Lehen.

10 Mansus † ist ein Huebner.

Adducunt einen Kauffbrieff / de anno 99. Item einen Extract auß einem alten Zinßbuch/ vbi patet, diese

eygene

eygene Hueb non esse allodiale, sed feudale bonum; quod etiam diuturna pensionum traditio arguit.

Conclusiones Appellantium.

Disputant de intellectu vocis, eygen/ an importet dominium. Verba rusticorum grosso modo intelligenda. Michel Hilbrands confessio, daß ein Lehen sey/ nihil facit, quia errore facta. Ad hoc vt sit feudum, requiritur duplex inuestitura, & curriculum 40. annorum.

Petitur vt in grauaminibus.

Themar concludit mündlich per generalia.

Deinde Schwabach denuo dedit conclusiones, scilicet in scriptis, repetens priora.

Themar, er habe mündlich beschlossen/ solt Gegentheil auch darauff mündlich beschlossen haben.

Imo petit eas conclusiones, als der Ordnung zu wieder/ zuverwerffen. In euentum admissionis earum excipit contra eas, mit durchauß nicht gestehen/ producens extractum quoddam ex Lehenbuch Abbatis, de Anno 7. Item de Anno 34. vbi probat, daß der Abt mit vorgehendem Handlohn/ quod Laudemium dicitur, solches verliehen hab N. Schamrot.

Es ist ein Vbergabe von der Ebtissin zu Kitzingen dem Abt geschehen/ der Hueben halber zu Tettelbach/ vbi patet, qua forma verborum Abbati iurauerint die Huebner. Inter quos multi de familia Cronthalen/ & alii reperiuntur. Inter cætera iurarunt de nihil alienando, aut vendendo, auß denen Hueben. Si contra fiat, sollen die Stücke dem Abt heimgefallen seyn/ prout expresse in ipso instrumento, vbi patet, quod vox Hueb/ ein Lehen/ oder Zinß Lehen sey/ vnd kein eygen Gut. Est instrumentum magnum, wie die Hueb ad Abbatem kommen/ rc. in quo hæc extant.

Concluditur in causa vtrinque 30. Iulii, Anno 43.

SEQVITVR VOTVM PRIMVM conceptum ex actis præcedentibus; sumptum ex autographo de Anno 1544.

De Alienatione & reuocatione Emphyteuseos.

SVMMARIA.

1 *Præscriptio quomodo probanda?*
2 *Quomodo præscriptio immemorialis probetur.*
3 *Emphyteutæ possunt rem Emphyteuticam quocunque modo alienare, & in Emphyteusin dare, dum domino iura sua salua maneant.*
4 *Lis ex lite ne oriatur, cauendum.*
5 *Sententia debet esse certa.*
6 *Sententiæ declaratio potest fieri, & circa eam variæ Dominorum Assessorum opiniones.*
7 *Secundus emptor Emphyteusin vendere volens, Domini, an venditoris consensum requirere debeat.*
8 *Vasallus nihil potest agere per quod Domini vtilitas minuatur.*

Votum Referentis, D. H. Cameræ Adsessoris.

DEr Haubtstreit ist / Ob die Hüebner macht haben die Stücke auß den Hueben zu Afterlehen zu machen / vnd dardurch jhnen das Handlohn zunemmen?

1. Videndū, an actores probarint suam intentionem? Et quod satis probarint, patet ex depositionib. testium, & confessione propria aduersariorum Reorum.

2. Videndum de iuribus Reorum. Dicunt se esse in possessione subfeudationum faciendarum; per præscriptionem longi temporis, de cuius initio non est memoria hominum, sine scitu Abbatis. Et tandem negant prorsus esse feuda, &c. Sicque varii, instabiles, incon-stan-

stantesque sunt Rei, vt plane fluctuent. Sed veniamus ad argumenta ipsorum.

Inculcant præscriptionem Affterlehen zu machen. Eaque videtur probata. Sed tamen ea non obstante, Dd. *in c.1. de præscript. in 6.* dicunt, sic esse † probandam præscriptionem, vt nunquam fuerit visum contrarium. Adde, quod quando probatur † intra 100. annos initium rei, non potest probari per testes tempus vltra hominum memoriam; nec iis statur de tempore vltramemoriali: quia longissima hominis vita centum annorum est. Speculat. *in tit. de probat.* §. 1. Sed in proposito nostro non est probata talis consuetudo, quæ cœpta sit ante centum annos. Ergo nihil facit. Quare illud argumentum (præscriptionis scilicet longissimi temporis vltra memoriam hominum; quia interrupta) non vrget, nam & contra Ecclesiam est. 1 2

Quo ad Vertrag/ in quo est alterum Reorum fundamentum, disputant eum, & interpretantur pro se, vt supra: sed intellectus ab Abbate datus est verus, ipsique menti Episcopi concordantis consonans, alsso daß diß zweyt Fundament der Beklagten auch nicht stringiret/ dann die Huebner haben macht Affterlehen zu machen/ doch dem Abt an seinem Zinß vnnd Handlohn vnuergreifflich/ isque est optimus intellectus & de mente Episcopi, so den Spruch/ oder Vertrag gemacht. Sicque argumenta reorum de intellectu deß Vertrags omnia concidunt. Et quod iste sit verus intellectus, patet ex propria confessione der Beklagten/ item ex iure scripto: quoniam Emphyteutæ possunt rem Emphyteuticam quocunque † modo alienare, § *adeo Instit. locati.* imo & in Emphyteusin dare, Dd. *in l. 1. & in l. fin. C. de iure Emphyteutico.* vbi disputant, an ad id requiratur consensus domini, & dicit Ioan. Fab. *Inst. locati in d. § adeo.* quod consultius facit, si requirat prius Emphyteuta dominum. Sed vtcunq; sit, quando domino manent iura sua salua, licita est Emphyteuseos alienatio, vt scilicet domino detur quinquagesima, de qua *in d. l. final.* quam vocant Laudemium, Handlohn. Item pro eodem 3

intelle-

intellectu facit vtraque sententia, supra in ambabus instantiis lata. Concludit actorem bene fundatum, duas domus vnd die Scheuwre/ de quibus controuertitur, constat ante contractum factum fuisse Affterlehen/ vtile dominium cum directo coniunctum, sicque consolidatio facta, vnd bleiben in den Hueben. In summa, Rei, medio iuramento, confessi sunt actiones actoris, & cadunt omnia fundamenta Reorum, vnd mögen nicht bestehen.

Videndum &, an quæ sententiæ in prioribus instantiis latæ, confirmandæ, vel reformandæ, vel informandæ sint? Prima sententia vor dem Landgericht videtur nimis generalis, quia ex ea posset noua contentio de
4 intellectu deß Vertrags oriri, sicque lis † ex lite sereretur, quod esse non debet. Haubtsächlich ist wol gevrtheilet/ vt scilicet seruetur contractus, sed qualiter, hoc non declaratur. Quia igitur & in altera sententia non spe-
5 cifice pronunciatum est, & quia † sententia debet esse certa, §. *curare. Instit. de actionib.* quantum fieri potest: Iccirco vult dominus Referens pronũciare, daß Haubtsächlich in vorigen Instantien wol geurtheilet/ vnd daß der vierdte Articul deß Bischofflichen Spruchs/ anfahend/ welcher Huebner/ ꝛc. nicht allein von einem/ oder mehr Ackern/ sondern von allen andern Stücken vnd Gütern/ in die Hueben gehörig/ vnnd diese Wort (dardurch dem Abt als Lehenherꝛn/ sein Zinß/ oder Handlohn nicht entzogen werden/ ꝛc.) also verstanden werden/ daß die Huebner mit deß Abts vorwissen/ & sic cum scitu ipsius (neque enim necessario requiritur consensus) Affterlehen machen/ vnd die Affterlehener dieselbe zum ersten mal vom Abt entpfahen/ vnd jhme/ wie sichs gebühret/ verhandlohnen sollen.

Item daß der fünfft Articul/ also anfahend/ Ferꝛner sprechen wir auch/ ꝛc. nicht allein von einer gantzen/ halben/ oder Theil der Hueben/ sondern auch von allen vnd jeglichen sondern Stücken vñ Gütern/ in die Hueben gehörig/ verstanden werden solle.

Zum dritten/ soll der siebend Articul/ anfahend/

Verkaufft

Verkaufft aber ein Afftерlehener einem andern/ etc. nicht allein von dem Afftерlehen vor dem Bischoffli-chen Spruch/ sondern auch von denen/ so hernach/ vnd hinfüran/ vnd also in futurũ, laut obgemeltes Spruchs/ vierdten Articuls/ gemacht/ verstanden werden/ also daß Abt vnd Conuent allein erstmals/ so die Huebner Afftеrlehen machen/ aber hinfüran/ so die Afftеrlehe-ner jhre Afftеrlehen verändern/ nicht mehr leihen/ oder Handlohn eynnemen sollen/ doch dem Abt vnnd Con-uent am eynschreiben/ laut desselben Articuls/ vnuor-greifflich.

Quo ad expensas, cum in prima sententia de iis ni-hil pronunciatum, & in secunda instantia expensarum condemnatio facta, putat hic eas compensandas, vnnd zuuergleichen.

Ego P. G. pro meo voto dicerem, sententiam non ita specialiter restringendam ad contractum. Quin po-tius pronunciandum, bene iudicatum, & male appel-latum, cum refusione expensarum. Tametsi enim prio-res sententiæ non videantur certæ; tamen quia per eas contractus in effectu confirmatus est, & pronunciatum, daß die Huebner den Vertrag oder Fürstlichẽ Spruch zu halten schuldig/ satis bene pronunciarunt isti Iudi-ces, licet deinceps latius super intellectu contractus di-sputatum sit. Derhalben möchte einer sagen/ daß sol-ches zuuorkommen/ opus esset nunc in postrema sen-tentia, specialiter articulos contractus declarare, ne per-petuo disputabilis maneret, sicque lis ex litis materia o-riretur. Aber wie deme/ volo pronunciare, vt infra, o-missa omni speciali declaratione. Quod si postea ve-niant Partes & petant sententiæ nostræ declarationem (quod † vtique facere possunt,) als denn wöllen wir/ 6 genuinum & verum intellectum, qui est de mente Epi-scopi deß Spruchs/ prout modo per Dom. Referen-tem deductus est, den Partibus eröffnen/ sich darnach haben vnd wissen zu richten. Siquidem ille intellectus concordat cum natura negotii præsentis der Hueben/ consonatque iuri communi *in Authen. de alien. & Emphyt.*

Emphyt.§.si vero quis.collat. 9.& facit c. fin.vbi Glos.ext. de locat. & conduct. Quæro. Si primus Emphyteuta vendidit ein Huebe oder Stück / & deinde secundus velit
7 vendere; cuius consensus requiratur, Domini, an † Emphyteutæ primi? Dicit Accursius, quod Domini: quia primus Emphyteuta alienando desinit esse dominus, nec amplius possidet ciuiliter, aut naturaliter, vnde eius non est quærenda volũtas, sed domini, vt à quo causam habeat possessionis, text. est & Glossa *per illum text. sup. verbo alius vendere. in l.fin.C.de Iure Emphyteut.* Quam Glossam ibi approbant & sequuntur Bart. Bald. Salicet. & communiter Dd. Idem ego puto, de quauis alia alienatione, puta subinfeudatione, vel trãslatione Emphyteuseos, quæ hodie renouatio dicitur. Glossa, *in verb. æstimationis, in d.l.finali.* Vasallus non solum prohibetur distrahere feudum, sed etiam aliquod Commer-
8 cium excogitare, per quod dominorũ minuatur † vtilitas. Schenck. *libr. 1. Feudor. tit.5. quibus modis feudum amittatur.§.aut si libellario.vbi allegat c.1.circa fin.de prohibit.feud. alienat.per Lothar. Imper.* In summa, omnino inhibitum est vasallis, ne feuda sua libellario, emphyteuticario, pignoratitio, seu quouis alio contractu, vel excogitato commercio, alienent, aut in alios transferant, sine dominorum voluntate. *tot. titul. de prohib. feud. alienat. per Frid.* Et not. Frideric. Schenck. *vbi supra. in §.reuersus. cum simil.*

Quia prædicta declaratio articulorũ implicite inclusa est in sententia, proxime, seu in proxima audientia lata, imo putatur mehr förmlich seyn/ vt pronuncietur bene iudicatum, vt infra, ne plus iudicetur quam petitum est. Neque enim petita est declaratio. Expensas putat ob mortem multorum compensandas.

Dom. T. Abbatis intentio satis probata, partim propria Reorum confessione, partim ex productis instrumentis.

Reos putat gar nichts fundirt. Vnde placet ei declaratio articulorum Referentis, ita tamen, vt non declaratiue ad longum, sed decisiue pronuncietur, cum in-

serris

fertis verbis deß Vertrags. Quia prior sententia obscura, putat expensas compensandas.

Dom. V. vult esse breuis. Actor probauit suam intentionem. Fundamentum Reorum nullum. Die præscriptio besteht nicht. Quia in mala fide. Vertrag nihil facit. Bene iudicatum in nechst vorgehender Instantz/ & male appellatum. Declarationem außlassen. Quia non petita. /Expensas muß ich auch lassen mit gehen/ vt scilicet in expensis hic factis Appellantes condemnentur, ne sit informis sententia.

Ego similiter. Quia variant Rei per omnia, & ægre consistunt.

Dominus K. auch der Meinung/ allein dubitat, quomodo pronunciãdum, quo ad eos, qui sunt extra litem? Sed inane dubium: quia sententia refertur ad intitulatos, scilicet Hans Krauß & N. Zanck/ in sententia, qui causam prosecuti sunt. Non putat simpliciter pronunciandum, bene iudicatum, male appellatum, nisi cum appendice, & quod in principali condemnatione, cogatur etiam in expensis idem pronunciare.

Dominus S. Nos non posse aliter pronunciare, quam quod bene iudicatum, & male appellatum. Nihil vult declarare, ist in proxima sententia kein Mangel/ in expensas quoque condemnat.

D. R. Similiter confirmat priorem sententiam, cum condemnatione expensarum. Sed putat, illam appendicem faciendam, So sie pro declaratione sententiæ anhalten werden/ soll wieder geschehen was recht ist/ rc.

D. N. idem. Ponderat enim fundamenta Reorum, quod nihil faciant, &c. Möchte leidẽ/ daß man appendicem machte. Sed quia Abbas seipsum declarat, quod scilicet Er prima vice das Handlohn nemmen will. Idcirco non necesse est vlterius declarare.

Sententia.

In der Appellationsachen/ zwischen Hansen Krausen vnd Wendel Zanck/ alij enim desistunt à prosequẽdo, contra N. N. ꝙ in nechst vorgehender Instantz wol geurtheilt/

geurtheilet/ rc. In communi forma, pro stylo Iudicii Cameræ.

Dubitauimus nonnihil super intitulatione causæ, dieweil etliche Parthenen abgestanden/ vnd außgetretten/ sed placuit, eos solum in sententia nominandos, qui in lite essent, dann die Leser würden sich nichts desto weniger in jhrer Registratur causarum wol zu halten wissen.

Sententia igitur sic promulgata fuit.

In der Appellationsachen/ sich haltend zwischen Hansen Krausen vñ Wendel Zancken/ genandt Hack/ Appellanten/ an einem/ vnd Herrn Abt/ Prior vnnd Conuent zu S. Steffan zu Würtzburg/ Appellaten anderstheils/ ist nach allem Fürbringen zu Recht erkandt/ daß in nechst vorgehender Instantz wol geurtheilet/ vbel darnon appelliret/ vnd daß gemelte Appellanten dem Appellaten die Kosten vnnd Schäden/ an diesem Keyserlichen Cammergericht auffgangen/ auff rechtliche Mässigung auch zuentrichten vnd zubezahlen schuldig seynd/ von Rechts wegen.

VOTVM SECVNDVM

In causa Mariæ viduæ Simonis I. Appellantis contra Hubertum L. & Henricum filium Ioannis L.

Ex Autographo de Anno 1567.

De Cessione & Renunciatione mansus.

SVMMARIA.

1 *Ex facto ius oritur.*
2 *Heredes factum defuncti præstare coguntur.*
3 *Mansus verbi variæ significationes.*
4 *Census dominicales qui?*
5 *Census ab Emphyteusi quomodo differat? Relatiue.*
6 *Ex consensu vel ratificatione domini iura huius contractus censualis metienda esse.*
7 *Singulares consuetudines melius notas esse hominibus feudalibus.*

8 *Modi-*

8 *Modica diuersitas facti magnam diuersitatem iuris causare solet.*
9 *Literæ multum in manso probant.*
10 *Refutatio feudi vni ex fratribus facta sufficit, si id ex literis feudalibus constet.*
11 *Emphyteuseos translatio ex scriptura doceri potest.*
12 *Maritus habet administrationem bonorum vxoris, & quatenus.*
13 *Vxore ratificante venditionem mariti, si absfuit, non augetur Laudemium.*
14 *Mansus non admittit diuisionem, nec de iure, nec de consuetudine.*
15 *Alienatio nulla valet sine consensu domini.*
16 *Instrumentū diuisionis nō opus est domino ostēdere.*
17 *Prodigus nemo præsumitur vt nec donatio. num. 18*
19 *Consensus quot annis inducatur.*
20 *Vsucapio non habet locum in prædiis vectigalibus, licet præscriptio obtineat.*
21 *Literarum exhibitio hic pro titulo est.*
22 *Titulus putatiuus in omnibus fere contractibus sufficit, excepta emptione.*

QVod ipsum factum, ex quo ius oritur, ante diligentissime sit cognoscendū; vt recte iudicetur; satis † 1
cōstat ex *l. si ex plagis. §. in cliuo. ff. ad l. Aquil* & ibid. Alberic cum ius ex circumstantiis mutetur. *l. bona fides. ff. depositi.* Nobis autem adhuc de facto plene non constare; nec acta cognita habere, patet ex maiore Dominorum sententia; qui volunt Mariæ Actrici iusiurandum deferre; se nihil accepisse; cū illa sit vita defuncta, vt videri potest ex mandato constitutionis *n. 6.* Quomodo igitur iurare poterit? Nec vero eadem ratione heredibus eius deferri potest, qui ipsi etiam heredes sunt patris Simonis facti, vt eius ædes zu Fürester/ vnde ille oriundus fuit, obtinerent; atque ideo eius factum præstare † cō- 2
guntur. *l. cum mater. C. de rei vind. vbi Bald. l. si ab eo. C. de negot. gest.* Cum vero & in aliis articulis adhuc obscura sit tota hypothesis, eam paucis describere volui. Adrianus de Nassaw/ eques auratus Anno Dom. 1495. man-

ſum conceſſit Henrico Parmentier eiusque heredibus, ſitũ in villa ſeu pago Ouiuaſo, vt patet ex lit A. is Henricus primum, poſt vxor eius diſceſſit, relictis tribus liberis, Iohañe, Wilhelmo & Maria, cuius maritus Simon, vna cum Wilhelmo Ioanni, corã Henrico de Naſſovv, Adriani filio, domino manſus directo, accedente eiusdem conſenſu, Anno 25. renunciarunt, ſiue ceſſerunt iuri & actioni quam ad manſum illum habere poterant, perpetuo, pro ſe, & ſuis heredibus vt teſtantur literæ domini cenſualis. Poſtea mortuus eſt Ioannes ille, Anno 1531. vt conſtat ex actis folio 53. B. in pr. viduamq; eius Iohannis etiam duxit in vxorem Hubertus Legrant; quando autem, ex actis intelligi non poteſt. Vt autem vtriusque partis confeſſione, & ex literis Burggrauii conſtat, Simon Anno 43. intentatuit actionem contra dictum Hubertum ad exhibendum dictas literas d. Henrici à Naſſavv, lit. B. ſed ab ea deſtitit, qua de cauſa, non apparet. Simone autem mortuo, Maria eius vxor, Anno 69. rurſus cœpit contra dictum Hubertum & priuignum eius, ſicut & Henricus eadem poteſtate coram Feudalibus hominibus dictæ ſedis Malmundareck, agere, & cauſa vltro citroque diſceptata, hæc lata eſt ſenten-
1 tia, vt ſi Ioanneta iuraret, ſe, & priorem ſuum maritum, Ioannem, pro ceſſione ſatisfeciſſe Simoni, & ab eo cauſam habentibus, id quod propter renunciationem ſeu ceſſionem fuerat promiſſum, & ne vnius quidem denarii iniuriam ſe aduerſæ parti facere, tum rei abſoluantur, & actrix in expenſas condemnetur. A qua ſententia cum ad ipſius Abbatis curiam actrix prouocaſſet, prior ſententia eſt confirmata, vnde huc appellauit. Quæritur igitur; bene an contra iudicatum. Quæ quæſtio, vt melius explicetur, primo præmitto; quãuis ſint, qui aliter atque aliter manſum interpretentur, pluresque
3 † eius ſint ſignificationes; tamen puto manſum hic appellari prædium, vnde quis ſe, & familiam ſuam ſatis commode poteſt ſuſtentare. Ex quo domino cenſum referre debet: hunc alii fundum cenſualẽ, alii coloniam, alii heredium, alii mancipium; Galli Heretage, appel-

lant,

lant, vt Molinæus id ostendit, *in Commentariis suis, in consuetud. Parisiens.* §. 31. Nos Hubhof vocare solemus, atque (vt Cuiacius indicat *ad* §. *si quis de manso, quibus mod. feud. amitt.*) Carolus Magnus *in legib. editis ab Andegiso Abbate*, hereditates interpretatur mansa. Vt autem heredia illa dicebantur mansus, seu mansa: sic & quibus cõferebantur, manentes, vt est videre apud Antonium in pragmatico Gilderici Regis Francorum, & apud Holmodiũ in historia Sclauorum. In antiquis monumentis sancti Galli, Egidio Tschudo auctore, dicuntur Commanentes, & apud eundem Antonium, in Carolo Magno, Mansuarii. Hodie censuales, siue censuarii dicuntur: ita Molin. *d. tit.* 2. Quomodo autem à Francis, post pugnam Tolbiacã, hoc ius census, siue salarii mancipii peruenerit ad Reges, Proceres, Ecclesias, & Monasteria, refert Beatus Renanus *lib. 2. circa princ.* Ac quem censum è mansis donnaniacis exegerit Carolus Caluus, idem Antonius testatur. Constat itaq; hic agi de fundo censuali; vt literæ *Num. a. b. c. d. e. f.* tum verbis, tum re ipsa ostendunt. Nam & Coloniæ, & censualis hereditatis, & manus mortuæ, & ipsius census fit mentio, quiq; is sit, adscribitur, quin etiam censuale prædium denotant, vt ex superioribus patet, & ex Molinæo *d.* §. 31. *in versiculo, à questu nu.* 2 3. *&* 12.

Secundo præmitto, eiusmodi † censum referri inter iura dominicalia, quæ Galli droicts de Signeuries vocant, vt & feuda, atq; ideo dominos census, vt & feudorum, præstãtius ius habere, quam dominos prædiorum emphyteuticorum, vt Molinæus docet ad *rub. tit. 2. n. 3.* 4
qui etiam, quomodo census † ab Emphyteusi differat, & in quibus conueniat, docet ad *d. rub. n. 21. vsq; ad* 25. Et tamen commune eorum quasi genus esse fundum, prædium, vel agrum vectigalem, *ad d. rubr. tit. 2. n. 25. 26. 27.* vt apud Gallos, faudt, & faucier, quod Molinæus vertit, fundarium, & ait eum esse quemcunque dominum directum; cui aliquod ius ratione fundi vel directi dominii debetur, siue sit ius feudale siue censuale, siue Emphyteuticarium. §. 51. *in gloss. 1. nu.* 3. 5

6 Tertio præmitto, ex consensu † vel ratificatione domini alienationes & iura huius contractus censualis metienda; vt Molinæus refert *ad d. tit. 2. §. 55. gl. 1. nu. 39*.

Quarto præmitto, in iuribus huiusmodi & actibus, & executionibus dominicalibus & cõsuetudinariis magis veritatem, quam formam & subtilitatem attendi. Idem Molinæus *ad d. tit. 2. §. 52. num. 95. & §. 55. nu. 175.*

Quinto præmitto, singulares has consuetudines melius notas esse hominibus † feudalib. itemque dominis corundem, vt apud nos **der Huebhoff Gerechtigkeit/ dem Huebner Gericht**/quam aliis, eosdem alias etiam circũstantias huius causæ, & præsentes, melius nouisse, quam eos, qui longe absunt, vnde & in iis controuersiis, eorum curiam, vt in feudis domini, vel parium iudicium exercere solere.
7

8 Sexto, modicam diuersitatem † facti magnam parere diuersitatem iuris, *l. si is. ff. de excusa. tutor. l. hoc legatum. de legat. 3.* Specul. *in tit. de Aduocatis. §. tractemus. tit. de except. §. viso quando.* Decius *in l. precib. C. de impub.* Bald. *consil. 115. incip. proponitur Ioannes, lib. 1.*

Hisce præmissis, quod ad nostram quæstionem attinet, cessionem siue renũciationem fratri Ioanni à fratre Wilhelmo, & sororio Simone factam puto, satis ex literis Domini Heinrici probari, etiamsi aliunde non
9 † constaret, Molin. *d. §. 51. in gloss. 3. in verb. exhiber lettres. part. 6.* Proinde vt si feudi resolutio vni ex multis
10 fratribus fieret, sufficeret † id ex literis feudalibus constare, quæ ea in re plenam fidem merentur. *c. vnico. qua sit inuestitur. & ibi Feudista.* Sic & ex scriptura doceri
11 potest † translatio Emphyteuseos. Bald. Salicet. & Ias. *in l. vlt. C. de iure Emphyteut.* Et vt bene argumentatur Burckgrauius, absurdum est, actricem literas sigillatas ab Adriano, in quibus de hoc manso in patrem suum translato agitur, approbare, & eadem de re literas D. Heinrici filii Adriani improbare. Si enim illæ validæ sunt, quo ad probationem facti, quid impedimenti est, cur non & hæ approbentur? Vbi enim eadem ratio, ibi idem ius esse debet. *l. illud. ad leg. Aquil.* De facta igitur renun-

renunciatione constat. Nunc, vtrum hæc renunciatio siue cessio valeat, videndum? Et quidem homines feudalis curiæ munbar/ habuerũt eam pro valida, vt & ipse Dominus; nam cum ipso iure maritus † administrationem habeat rerum vxoris, modo ita ministret, vt frugi hominem & patremfam. decet. *l. si cum dotem. §. sin autem. l. Lucius. ff. sol matrim l. si ego. ff. de iure dot. l. si prædium. l. in reb. C. eod. l. hac lege. l. vlt. C. de pact. conuent. l. maritus. ad l. Falcid.* Nunc, quod attinet ad illa prædia censualia, quæ vxoris sunt, pleno iure acquiruntur marito, vnde tantundem lucratur ex iis, quantum vxor. Itaque, vxore ratificante venditionem mariti, si absuit, non augetur † laudemium, quasi noua sit alienatio, modo iusto pretio eiusmodi prædium sit venditum, ita Molin. *d.* §. 55. *gl.* 1. *n.* 138. 139. *fol.* 93. *b.* vbi agit de auctione laudemiorum. Ex quibus aperte colligitur, etiamsi maritus ex suo arbitrio eiusmodi prædium censuale vendat, id valere. Verum hic non suo nomine cessisse ius, non est difficile intellectu. Nam cum mansus ille pertineret ad tres illos heredes, & sine domini consensu † mansus nullam admittat diuisionem, vt id consuetudinis esse Rei testantur, neque Actrix inficiatur; & alioquin iuris esse Molin. tradit *d.* §. 55. *d. gl.* 4. *n.* 28 29. 30. vt si fundus censualis ad plures peruenerit, eos sine domini consensu eum inter se diuidere non posse. Quod ad diuisionem obligationis & præstationem census attinet, conuenerunt fratres & soror, aut eius nomine maritus, inter se, in familia erciscunda, vt datis quibusdam prædiis, pecudibus, & pecoribus Heinrico & Simoni, vel Mariæ, Ioannes mansum retineret, quam conuentionẽ postea sinigificarunt domino, sine cuius consensu nulla valet † cessio & alienatio; qui & ratam habuit; nec vero necesse fuit diuisionis illus hæreditatis ab intestato instrumentum † conficere, aut domino exhibere, nec etiam declarare, quæ cuiq; data essent aut obuenissent, vt ostendit Molinæus *in d.* § 51. *gloss.* 3. *num.* 11. Quin igitur rum, cum adierunt dominum heredes, nomine vxoris Simon adsuerit, & dominus ipse, & reliqui fratres sciuerint,

12 13 14 15 16

rint, neq; aliter præsumere potuerint, non est dubium. Itaq; non obest, non fieri mentionem vxoris; nam & Heinricus filius dicti Ioannis ius vxoris suæ cessit coram D. Ioanne, dicto Huberto, nec tamen vlla fit mentio in dictis literis E. & F. vt nec aliis vllis. Et sane non præsumendum id ignorasse Mariam, suo nomine ea agere maritum, præsertim si data sunt prædia & pecora, & cum sciret sine domini consensu non posse diuisionem eius fieri, & cum nunquā factum maritum Simo-
17 nis improbarit, non est præsumendum † eum fuisse prodigum, & quę data sunt, potuisse dilapidare. Non autem
18 gratis cessisse, inde primum colligo, quod † nunquam donatio præsumatur, quin etiam coniectura præsumptionem donationis excludat. Bartol. *in l. cum aurum. de solut.* Molin. *in d. §. 55. in glo. 1. nu. 24* Deinde quod eodem modo cesserit frater Wilhelmus, qui ius suum non prostituisset, nisi compensatio facta esset, cuius vxor & liberi non tacerent, imo compensationem ei factam esse indicat Maria *fol. 6. A.* Deinde idem testatur Burggraui' in literis suis *fol. 16.* quas cur prorsus abiicere debeamus non video. Nam non eum decuisset falsa scribere ad Abbatem, cum alioquin eius curia hanc causam iudicatura, inquirere, & eum mendacii redarguere potuisset, neq; vlla exstat coniectura, cur contra sit præsumendum. Nihil etiam adfert Actrix, quo intentionem suam probet quam quod neget, renunciationē, & ex ea sibi compensationem factam, quod posterius in secunda instantia magis vrget, vnde & præfectus eam temeritatis redarguit, atq; ideo puniendā censet. Tum manifeste etiam Rei obtulerunt, se compensationem factam edocturos. Ad hæc cum se ad Acta retulerunt Rei, & hominibus feudalib, in sede sedentibus, plena essent Acta registrata, illis inhæserunt, & ex his quatuor postea in prima instantia iudices fuerunt, qui non pro Reis sententiam tulissent, nisi validam statuissent, vel ex ipsis moribus renunciationem per maritum factam nomine vxoris. Accedit, quod ipsa vxor, cum per septendecim annos non perceperit fructus vllos ex
manso,

manso, per longum tempus ratificauerit † factũ mariti. 19
Vt enim continuatio possessionis per decem annos probatur, si per idem tempus possessor ostendat se fructus collegisse singulis annis, eaque sufficit ad præscriptionem. Bart. *in l. Celsus. num.* 20. *de vsurpat.* sic & contra ratificatio eius probatur, qui nihil percepit tãto tempore. Et quidem iustam compensationem esse voluisse, ex eorum sententia constat, cum voluerunt, d. Ioannetam vt gnaram rerum omnium iurare, ne vnius obuli quidem iniuriam esse Actrici factam. Itaq; non video, cur non hæc cessio, siue liberatio sit valida, cum maritus sit legitimus vxoris administrator, cum morib. receptum sit, vt maritus etiam pro sua voluntate agat: cum mansus sine domini consensu diuidi non possit: cum coram domino facta sit renunciatio; cum maritum non eo nomine accusarit; cum ratificarit; cum deniq; compensatio vel promissa vel præstita sit.

Sed vt demus, non valere renunciationem; tamen iustissimum habet titulum præscribendi. Nam licet in vectigalib. prædiis locum non habeat † vsucapio. *l cum* 20
sponsus. §. 1. *de Publiciana in rem act.* tamen habet locum præscriptio. *l. si finita.* §. *si de vectigalib. de dam. infect.* Etsi autem nõ fieret mentio in dictis literis renunciationis: tamen sufficeret pro titulo illa exhibitio literarum, vt aperte † id ostendit Molin. *in d. gloss. exhibeer* 21
les lettres. n. 1. vt si quis literas illas exhibeat, titulum edidisse videatur. Nam si nõ est verus titulus, saltem est putatiuus, qui sufficit in aliis contractibus, excepta † 22
emptione, *d. l. Cels.* & ibi copiose Bart. *l. si existimamus. pro soluto l.* 2. §. 1. *l. quod vulgo. pro emptor. l.* 3. *pro donato. l. vlt. pro legato. l. si ancillam.* §. 1. *pro suo.*

VOTVM TERTIVM

De Emphyteusi Commissa & Molendino in causa Mengirti T. Appellantis. Contra Abbatem de E. Appellatum. Ex autographo de Anno 1578.

SVMMARIA.

1 *De nullitate ex defectu mandati, & omissa litis contestatione. num. 2.*
3 *Nullitates vt attendantur, quæ loca consideranda.*
4 *Ratione priuationis Emphyteuseos agitur condictione ex lege.*
5 *Emphyteuticarius contractus an & quomodo à libellario differat?*
6 *Libellarius contractus ad tertiam generationem extenditur.*
7 *Emphyteuticus contractus est nominatus.*
8 *Ad Emphyteusin nemo admittitur, nisi canonem soluens.*
9 *Tributa à possessore exiguntur.*
10 *Condictio ex lege, siue actio Emphyteuticaria personalis est.*
11 *Mora non est, vbi non est petitio.*
12 *Rei vindicatio quando in Emphyteusi locum habeat?*
13 *Pars inest toti.*
14 *Cessio & retentio. Item, Debitum & creditum, non consistunt in vno subiecto.*
15 *Cedere contra se quis non præsumitur.*
16 *Cessio simulata censetur, quando ecclesiasticus laico contra laicum cedit.*
17 *Hypothecaria actio quando locum habeat in Emphyteusi?*
18 *De publicis rebus ad priuata nō procedit argument.*
19 *Resoluto iure datoris resoluitur ius accipientis.*
20 *Appellatus non facile in expensas condemnatur.*

SVbmissum nomine prorogationis, iam tertio per Licentiatum Seuble 10. Maii, Anni 74. ad conclusiones finales agendi, quod decet, petitæ. Verum cum 15. die Septembris Seuble iniunctum fuerit, acta priora ad proximam reproducendi, & petita prorogatio tacite denegata, Seuble autem non simpliciter concluserit, vt debuit; putat dictam causam ex officio pro conclusa acceptandam.

Formalia appellationis iusta, & procuratoria sufficientia.

cientia. Et cum de annua pensione & Emphyteusi commissa agatur, & à sententia vicarii Episcopi Metensis ad Cameram appellatum, putat iurisdictionem fundatam.

Quo ad nullitates, non cõstat de mandato D. Reyers, 1
vnde videtur nullitas †commissa, *l. licet. C. de procurat. & c. in nostra extr. eod. Sebast. Vant. de nullit. ex defectu mand. num. 59. 60. 61. 62. & seq.* nisi dicamus, Abbatem gesta eius ratificasse, quod causam appellationis pro sua persona sit prosecutus.

Sed nec lis est contestata † in prima instantia, vnde 2
videtur vitiosus processus, vt refert Mynsinger. *respons. cent. 2. decad. 1. num. 4. & 5.* vt & aliæ solemnitates ommissæ, de quibus *in l. prolatam. & ibi gloss. in verb. solidū.* & Bartol. *num. 5. C. de sentent. & interloc. iud.* Verum † 3
in iis partibus Imperii est habitus processus, in quibus dictæ solemnitates nõ adeo attendũtur, modo de meritis constare possit. *Mynsing. d. respons. 2. num. 18.* vnde putant Dd. nullitates non attendendas.

De Actione.

Quæ remedia domino competant contra Emphyteutam. vel Canonem non soluentem, vel rem deteriorantem, vel alienantem, docet Iason *l. 1. num. 68. C. de iur. Emphyteu.* Oldend. *de act. Emphyt. §. affinia remedia.* putat Abbatem in prima instantia, ob non solutum canonem, contra Appellantem, vt eiiciatur, egisse conditione ex lege, vel ex † libellario seu Emphyteuticario 4
contractu, *l. 2. C. de iure Emphyteut. §. adeo. Instit. de locat.* Porro Bartol. † Emphyteusin à libellario contractu ita 5
distinguit, quod in Emphyteusi res ab ipso domino concedatur; in libellario autem contractu à vasallo vel Emphyteuta alteri locetur. Bartol. *in l. si finita, §. si de vectigalib. num. 8. & 9. de damn. infect.* Iason *ad l. 1. num. 38. & seq. C. de iur. Emphyt. per cap. 1. §. donare. qual. ol. feud. pot. alien. & per feudist. ad cap 1. de prob. feud. alienat. per Lothar.* Sed hodie non differre tenet, *ad l. 1. num. 7. C. de iure Emphyteut. & in d. §. si de vectigalib. nu. 9. vt &*

Iason in d. l.1. §.39. C. eod. Putat inter dictum P. & auum libellantis, contractum libellarium ad tertiam generationem initum, quod fieri potuit. † *Gloss. in d. §. adeo.*
6 *in verb. auferre. Instit. de locat. & l. vlt. C. de iure Emphyteut.* Porro communiter Dd. hanc actionem ex contractu Emphyteutico, vocant condictionem ex lege. Gloss. *ad d. l 1. in verb. custodiri,* & ibi Bart *num. 11. de iure Emphyteut.* Glossa *in §. adeo. Instit. de locat.* Azo *in summa de iure Emphyteut.* Iason *ad d. l. 1. num. 68.* At idem Bartol *ad d. l. vnic. C. de condict. ex lege.* tenet, con-
7 tractum Emphyteuticum esse nominatum, & † specialem inde oriri actionem, iuxta gloss. & Angel. *in d. §. adeo. in verb. propriam.* & Oldendorp. *in d. rubric. de actione Emphyteut. in princ.* Sed censet tales opiniones concordari posse. Nam si attendatur, qualiter ille contractus ab Imperatore sit confirmatus, oritur condictio ex lege. Quatenus vero proprium nomen habet, dicitur actio Emphyteuticaria. Concludit actionem ex lege, aut ex Emphyteuticario seu libellario contractu institutam.

Cui competat?

Competit ei, qui rem in subalternam Emphyteusin concessit contra conductorem. Igitur videndum; an Abbati competat? Et pro parte adfirmatiua facit. Primo, quod dicti Molendini sit dominus. E. & locator. Secundo, quod dictus P. cum consensu dicti Abbatis litigiosum molendinum auo Appellantis locarit. Tertio, quod d. Royers omne ius suum, ratione dict. molendini, dicto Abbati concessit. Quarto, quod heredes dict. P. non amplius sint in viuis. His additur quinto, quod omnia bona Emphyteutica Abbati, vt directo domino, pro annua pensione sunt obligata. Et quod canonis solutio, quo ad proprietatem, respondeat iuri reali, & quemlibet possessorem adficiat, cum nemo admit-
8 tatur, nisi canonem † soluens. Ias. *in d. l. 1. nu. 150.* & ita directus dominus similiter possessorem pro non soluto canone possit conuenire. Bald *in auth. si quas. nu. 5. C. de Sacros. Eccles.* Sexto, quod tributa à quolibet possessore semper

ſemper exigi † poſſint. *l. vlt. C. ſine cenſu & reliq. fund. comp.* Vnde idem videtur de domino Emphyteuſeos dicendum. Septimo, quia directus dominus, ſi nec principalis, nec ſubalternus ſoluat, contra eum condictione ex lege, vel actione ex contractu Emphyteut. agere poteſt. *d. l. 2. §. ſin autem, &c.* Vnde & in hoc noſtro caſu Abbas, &c. 9

Contra, quod dict. Abbati actio non competierit hæc faciunt. Primo, quod d. Abbas, licet ſit directus dominus, tamen non fuerit locator. Secundo, quod condictio ex l. ſiue actio Emphyteuticaria ex contractu naſcatur, & ſit † perſonalis. §. *appellamus. Inſtit. de actio. l. 1. & 2. C de iur. Emphyt.* Tertio, quod annua penſio nemini, niſi cui ſit promiſſa, debeatur. At appellans eiusq; prædeceſſores Abbati nullam penſionem promiſerunt. E. nullam debēt. Vnde nec in mora ſolutionis fuiſſe videntur. Nam vbi nulla eſt petitio, ibi nulla mora allegari † poteſt. *l. lecta. verſ. pen. ſi cert. pet.* Quare Abbati nec ex contractu in actis Regiſtrato, nec ex mora ſolutionis, actio competit, atq; ita ſententia nulliter lata. Et hanc partem negatiuam de Iure putat eſſe veriorem. Nam dict. actio Emphiteuticaria ſeu condicto ex l. ex ipſo contractu deſcendit, nec alii, quam qui contraxit, competit. *d. l. 1. & 2. C. de iure. Emphyt. d. §. adeo.* At ex dict. contractu libellario aperte deprehenditur, dictū P. cum auo Appellantis noſtri contraxiſſe, & non ipſum Abbatem, aut eius anteceſſores. Vnde talis actio perſonalis ipſi non competit: quia non ſequitur fundum. *l. vltim. §. vlt. de contrahen. empt. l. 1. §. ſi heres, ad SCtum Trebellian.* Sed Abbas contra Appellantem rei vindicationem inſtituere debuiſſet. Et ſi † Reus excepiſſet, ſe nihil cum eo cōtraxiſſe, potuiſſet replicare, eum cum ſuo Emphyteuta contraxiſſe, & ideo ſibi licere rem vindicare. Gloſſ. *in d. l. 2. in verb. repellere*, & ibi Bartolus *num. 7.* Iaſon *num. 150.* Et licet quidam exiſtiment, tum etiam condictionem ex lege locum habere, tamen Iaſon diſtinguit *dict. num. 150.* ſi primus Emphyteuta alii locauit de voluntate domini in poſſeſſionem induce- 10 11 12

ducen-

ducentis, iuxta formam *l. vltim. verf. necessitatem. C. de iure Emphyt.* Nam dominus inducendo eum in possessionem, cum eo contraxisse videtur, eiusq; contractus intuitu personalis actio, ad ipsum Emphyteutam expellendum, vel cessas pensiones consequendas, ei competit. Sin autem primus Emphyteuta secundum, irrequisito domino, inuestierit, & propria auctoritate in possessionem induxerit, ipsi domino condictio ex lege non competit, cum sit actio personalis; sed rem vendicare debuisset. Vnde hic putat, Abbati non competere institutam actionem.

Nec obstant duo prima argumenta pro parte affirmatiua. Nam licet sit directus dominus, non tamen est locator. Sed dict. Theod. Petr. vt nec auus Appellantis cum Abbate contraxit, nec consensus Abbatis est probatus, imo constat, ipsummet Royer contendisse, Abbatis consensum non interuenisse, & ideo impugnare voluisse. E. non potest reuocari.

Nec secundum argumentum de cessatione facta; quia nusquam est probata; & si esset probata, videretur simulata. Nam dictus Royer adhuc totius dominii de Ranzoy est Emphyteuta, & vtile dominium habet, & dict. Molendinum est de eiusdem pertinentiis, &
13 pars toti † inest, *l. si quis cum totum. de execut. rei iudic.*
14 Et accessorium sequitur naturam † principalis. *cap. accessorium. de regul. iuris.* nec cessio, & retentio in vno subiecto subsistunt, vt nec debitum & creditum. *l. heres à debitore. §. quod si stipulator. & ibi gloss. in verb. proind. l. Vranius. in princ. de fideiuss. l. Stichum. § aditio. de solut. & liber.* & ita necesse fuit aut in totum cedere, aut retinere; nec verisimile est voluisse Royers contra se
15 cedere. † Alexand. *consil. 149. num. 6. in fin. lib. 2.* Et
16 simulata dicitur cessio † quando Ecclesiastico laicus cōtra laicum cedit. Speculat *§. 1. vers. 4 de cessio. actio.* Sequitur etiam cessionem non esse probatam; & si esset probata, non tamen valere.

Nec obstat quartum argumentum, quia tum domino bona sunt obligata pro solutione annua, quando solitus

tus est possessor ipsi domino soluere canonem Nam tunc potest eum hypothecaria actione conuenire, † 17 Bald. *in d. Authent. si quas. §. 5. in fin. C. de Sacrosanct. Eccles.* Iason *in l. 1. num. 20. C. de iur. Emphyt.* At nec Appellans, nec eius antecessores soliti sunt dict. Abbati pensionem præstare, nec ipsi fuerunt obligati.

Nec obstat sextum. Nam de bonis publicis ad res priuati nulla est illatio. † Specul. *d. tit. de iur. Emphyt. §. 5. vers.* 127. Nec vltimum. Quia procedit, cum nec primus 18 nec secundus Emphyteuta Canonem soluerunt. Nam primo Emphyteuta à domino expulso, corruit ius secundi: quia † resoluto iure datoris, soluitur ius accipientis. 19 *l. lex vectigali. de pignorib. & hypothecis.* Quæ ratio hic cessat. Nam hic primus Emphyteuta non fuit conuentus, cum ille semper soluerit; & ideo, siue dictus Appellans suo elocatori debitum canonem soluit, siue non soluit, nihil interfuit Abbatis nostri Appellati, cum is nihilominus de toto dominio Ranzoy suam pensionem fuerit consecutus; & sic ad Emphyteusin commissam allegari non potest, *d. l. 2. C. de iure Emphyt.* Vnde concludit, fundamenta pro parte Abbatis adducta, & si quæ alia adduci possint, nullius esse momenti, & sic ei actionem institutam non competiisse, itaque non opus est disputatione de probatione & elisione actionis, & mora per partes hinc inde commissa.

Quid pronunciandum.

Per priores Iudices male iudicatum; bene appellatum, & ipsum Appellantem ab instituta actione absoluendum. Ad expensas quod attinet; licet Actor in eas condemnari possit, propterea, quod actionem contra reum non habuerit: tamen quia Abbas in prima Instantia sententiam pro se obtinuit, & † si Reus suum canonem soluisset, nulla lite opus fuisset, itaque mallet expensas compensare. 20

D. B. D. P. D. H. D. V. Similiter. Sed quia Abbas nullam Actionem habet, & se liti ingessit, idcirco censet illum in expensas condemnandum.

Senten-

Sententia Mea. D.C.

Nullitates vitiantes processum non apparent, nisi quod termino purificato, poterat Seuble Procurator Appellati petere absolutionem à citatione. Sed videntur partes tacite indulsisse, & remisisse. Formalia iusta.

Quæ Actio intentata.

Actum ex contractu locationis & conductionis siue Emphyteutico, §. *adeo, Institut. locati*, vt ipsemet Procurator Actoris fatetur.

An competierit?

Actio hæc personalis est, & ex contractu nascitur. At constat Abbatem, vel Conuentum, quo ad molendinum, nunquam cum Appellante vel eius antecessore contraxisse. Vnde hæc actio per se ei competit. Nec vllum Abbatis versatur interesse; quia non auocatur molendinum, ob deteriorationem, & cum consecutus sit suam pensionem à primo conductore, sed ob non sua die solutam pensionem. At nihil debebatur Abbati, sed heredibus primi conductoris. Nec constat de cessione reuera ab illis heredibus facta Abbati, cum reliqua bona dominii de Ranzoii retinuerit: Nec Royer suo nomine egit, quod poterat, sed Abbatis, cui nec actio competebat, nec de mandato docuit. Vnde concludo; in priori Instantia male iudicatum, bene appellatum, & Appellantem ab instituta actione absoluendum, expensasque compensandas, &c.

VOTVM QVARTVM
In causa T. Contra Comitem de N. Relata. Anno 1588. Eiusdem argumenti cum præcedenti.

SVMMARIA.

1 *Rei vindicatio quando locum habeat in Emphyteusi?*
2 *Ignotum per æque ignotum non demonstrandum.*
3 *Quando censualis potius quam Emphyteuticarius censeatur contractus?*

4 *Liber-*

4 *Libertas potius, quam seruitus præsumitur.*
5 *In Emphyteusi quando scriptura necessaria.*
6 *Emphyteuseos alienatio permissa, si pro se & heredibus concessa.*
7 *Emphyteusis simpliciter concessa non finitur generatione.*
8 *Emphyteuseos natura sæpe propter bene merita alteratur.*
9 *Alienatio citra consensum libertatem arguit.*
10 *Interpretatio latior, vt euitetur pœna, fieri debet.*
11 *In Principis consistorio, omisso rigore iuris, secundum æquitatem iudicandum est.*
12 *In censuali contractu non potest expelli colonus, ob non solutum canonem.*
13 *Ignorantia excusat, & qualis?*
14 *Priuationis pœna, non nisi voluntarie cessanti imponitur.*
15 *Priuatio non habet locum, si dubitatur an sit Emphyteusis, vel censualis contractus.*
16 *Ex mendacio solo nõ amittitur ius Emphyteuticum.*
17 *Præscriptio quando liberat à solutione pensionis.*
18 *Quod quis non habet, ægre dare potest.*
19 *De clausula*, saluo iure domini.
20 *Interpretatio ita facienda, vt contrarietas euitetur.*
21 *Domini declaratio requiritur antequam caducitati sit locus.*
22 *Emphyteuta an ipso iure priuetur Emphyteusi.*

QVia Actoris intentio in eo consistit, quod litigiosa domus Barnberg sit Emphyteutica, à maioribus suis, als Ertzvögten zu Cölln / tanquam dominis directis, olim ad tertiã manum data, quæ vero iam pridem sit extincta. Interim quoq; domus, sine suo maiorumq; suorum consensu requisito, sæpius alienata sit, nec petita, aut impetrata noua concessio, multo minus annuus Canon vnius libræ piperis solutus; sicque domus sibi sit aperta, & à Reo tradenda; existimat rei † vindicationem institutam, nõ vero probatam, vel certe eandem elisam esse, adeoque absolutorie pronuntiandum 1
fore.

fore. I. namque, quod ad nomen & situm domus attinet, asserit Actor das streitige Hauß heisse Barnberg/ vnd lige in der Statt Cölln/ auffm Thumbhoffe/ in dem Thal/ vnder Helmschläger/ vnnd auff dem Brandt bey Trachenportz/ sey an einer seiten zwischen einem Hauß der Rebichen genandt/ anderseits/ an einem Hauß N. genandt/ gelegen. Sicq; Actor met verum domus situm, & alterũ vicinum nescit; & ignoratur, vtram domum, num illam ad sinistram vel alteram, sitam ad dexteram manum, deß Hauses zum Rebichen genandt/ sibi vendicet: Ipsa quoq; in vim probandi producta documenta Actoris; propter nominis & situs diuersitatem & varietatem, forsitan de alia domo loquuntur. In illis enim neque deß Tumbhoffes/ neque deß Thals/ neq; deß Helmschlägers/ neque deß Orhts auffm Brandt/ neque deß Hauses zum Rebichen genandt/ vlla fit mentio; sed asseritur tantum in documento quodam, quod domum illam quondam inhabitarit Ioannes, dictus Blumbart. Aliud asserit; es sey weilandt Johansen Bambartz gewesen. Tertium, es werde Herrn Brumbarts Hauß genennet/ liege bey der Trachenportzen an der Soy/ vff der Soy/ an deß Bischoffs Baumgarten/ ante, iuxta, vel apud pomarium Episcopi. Cuius tamen loci, an der Soy/ & pomarii Episcopi, Actor noster nullam plane facit mentionem. Nec constat nobis, vbi tum temporis pomarium illud, num auffm Thumbhoff/ im Thal/ vnder Helmschläger/ vnd auff dem Brandt/ bey der Trachenportz/ vel alibi forsan situm fuerit: solum vltimum documentum Actoris innuere videtur, es sey Anno 1481. deß Bischoffs Baumgarte hinder Kreutzberg gelegen gewesen/ sicq;
2 ignotum per aliud † ignotum demonstrat. Secundo posito, quod libellus, & documenta Actoris, numero & specie de vna domo loquantur; cõsiderandum est, an, & quid, ac quantũ, cui, & quo anni tempore, & quo titulo ex domo illa annuatim aliquid soluendum fuerit. Actor asserit, das streitig Hauß sey eine Vogtey/ oder bekandt Gut/ der Erbvögte zu Cölln gewesen/ jährlichs ermeldtem

tem Erbvogt / tanquam domino Emphyteuseos, iure dominii, auff S. Thomas Abendt / zum Erblichen Canone, oder Pension / ein Pfundt Pfeffer gegolten. At documenta ex Scrinio in vim probandi producta (modo tamen eadem de domo Actor loquatur) partim itidem loquuntur, von einem Pfundt Pfeffer auff S. Thomas Abendt dem Aduocaten zubezahlen. Sed secundum documentum attestatur non de pipere, sed de tribus Marcis cum dimidia soluendis singulis annis, duobus terminis, non in festo S. Thomæ, sed in festo Iohannis Baptistæ 21. solidos, ac in Natiuitate Christi 21. residuos solidos, &c. cum clausula; Si Iohannes Baumbarts (cui & suis heredibus non Aduocatus Coloniensis, sed Lufridus de Troxa hereditatem suam, sitam apud pomarium Episcopi, hereditarie concesserit) negligens fuerit in solutione; quod tunc dicta hereditas dicto Ludrico, eiusque heredibus libere ad ipsorum manus deuoluta esse debeat.

Item quartum documentũ attestatur, man gebe jährlichen von weilandt Herren Brumbarts Hauß / an der Trachenportzen auff der Söy / auff S. Peters Tag ad vincula 3. ß den Erben M. Johans Q. Ipsa igitur documenta Actoris a se ipsis, & ab ipso quoque Actoris libello, & in specie Canonis, & in termino solutionis canonis, & in assertæ Emphyteuseos siue census annui Domino, cui nimirum solui debuerit, discrepant. Nec documenta illa (solo tertio excepto, quod vero nec annum habet, nec domum nominat, nisi tantum ratione situs iuxta pomarium Episcopi) asserunt, cui talentum piperis, & quod ipsum domino Aduocato soluendum fuerit. Nihil igitur pro nostro Actore necessario concludunt. Et posito, quod vel pecunia illa, vel illud piper Actoris, præcedentibus Aduocatis Coloniensib: soluendum fuerit, non tamen exprimunt dicta documenta, an ex Emphyteutico vel potius cõtractu censuali debitum fuerit. Si ex contractu censuali debitum fuit, sequitur quod Aduocati Colonienses, Actoris nostri prædecessores, directum, vel vtile dominium,

vel quoque, si quod aliud habuissent ius in dicta domo, pro dicto annuo censu, illud vendiderint vel alienauerint, adeoque propter defectum dominii, quod est substantiale requisitum, Actori nostro rei vindicationis neutiquam competat Actio, isque sine actione male egerit. Multa autem concurrunt argumenta, quæ pro
3 censuali potius † quam contractu Emphyteuticario concludere videntur. Primo enim quælibet res in dubio allodialis, & pro libertate potius quam rei seruitute,
4 præsumitur. Iulius † Clarus, *lib.4. Sententiarum.* præsertim in nostra domo litigiosa, de qua vltra memoriam hominum Actori suisque antecessoribus nihil prorsus solutum, & si quid solutum fuisset, non tamen constat ex Actis, vter contractus, Emphyteuticus nimirum, an censualis, circa litigiosas & similes ædes Coloniæ magis frequentetur, quo sane in casu attendendum videtur argumentum *l. semper in stipulationibus. de regul. iuris.* attestante Iasone *l. 2. num.* 165. *Cod. de iure Emphyteut.*

5 II. Deficit scriptura, ex † qua necessario de asserto contractu Emphyteutico constare deberet. De necessitate enim in contractu Emphyteutico requiritur scriptura, tam pro contractus, quam probationis illius substantia, & ne possit allegari præscriptio: alias quoque accipiens, vel heredes eius possent dicere, rem esse suam propriam. Iason *in l.1. num.* 12. 53. 61. 62. 63. 46. *& l. 2. num.* 126. *&* 134. *tit.* Nec propter defectum scripturæ sciri posset, ad quotam manum siue generationem, vel ad quantum annorum numerum, vel an pro se & heredibus, & quibus, vel pro se, & heredibus quibuscunque; & absolute, hereditarie dicta domus vltimo fuisset concessa: sicque multo minus liquere potest, an, & quando dicta domus finita generatione, vel ob non solutionem Canonis, aut sine consensu factam alienationem, fuerit aperta. Si enim Emphyteusis est concessa alicui pro se, & quibus dede-
6 rit, potest † Emphyteuta illam alienare, domino irrequisito, Iulius Clarus *lib. 4. sentent. §. Emphyteusis, quæst.*

13. *num.*

13. *num.* 7. Sic si Emphyteusis est absolute hereditaria, concessa pro se & heredibus, vel † concessa simpliciter, 7
nulla nec heredum, nec filiorum facta mentione, tunc non finitur cum generatione Emphyteutæ, sed transit etiam ad extraneos heredes, & ad hos sui natura est transitoria. Clarus *d. §. Emphyteusis quæst.* 43. Posset quoque propter benemerita † recipientis alterata 8
esse natura Emphyteuseos, concedendo in fœminas vel vlteriores, aut alias generationes & personas. Ias. *d. l.* 2. *num.* 172.

III. Constat, non tantum ex Reorum, sed etiam ex ipsius Actoris documentis vetustissimis, quod dicta domus citra requisitum, aut interuenientem Aduocati Coloniensis † consensum alienata & mutata sit, illaque mutatio reciproco pacto & consensu contrahentium fuerit licita. Quod certe cum sit contra naturam contractus Emphyteutici, libertatem domus arguit, vel certe talentum illud piperis, si ex domo litigiosa annuatim soluendum Aduocato fuisset, habendum potius esset pro censu annuo, quam pro pensione Emphyteutica. Debet † enim latior fieri interpretatio, vbi agi- 10
tur de euitanda pœna priuationis, quæ nec imponi debet, nisi in casibus iure expressis: adeoque Iudex in dubio inclinare debet in sententiam mitiorẽ, per quam delictum & caducitas & pœna priuationis euitetur, præsertim in consistorio Principis, vbi † omisso rigore, 11
secundum æquitatem iudicandum est. Clarus *dict. §. Emphyteusis. quæst.* 8. *num.* 15. *& quæst.* 49. *num.* 4. *&* 7. At in contractu censuali (qui tamen ipse quoque per Actorem non est probatus) censuarius non potest expelli, propter quamcunque cessationem, etiamsi † 12
nunquam soluisset censum. Iason *in l.* 1. *num.* 49. *& l.* 2. *num.* 164. *dicto titul.* Quin posito, domum litigiosam ante seculum Emphyteuticam fuisse: Rei tamen nostri, ipsorumque Auctores, cur non soluerint canonem, merito habendi essent pro excusatis, cum tanquam singulares præsertim successores, & ob longitudinem immemorialis temporis, quo nul-

13 lus vnquam Canon est solutus, iustam † ignorantiæ causam habuerint (nec Actor assertus dominii directi, quod ipsi incubuisset, scientiam probarit. Iulius Clarus *dict* §. *Emphyteusis. quæst*. 8. *num*. 9.) Sicque, quamuis de rigore Iuris cecidissent à iure Emphyteutico, tamen propter iustam causam ignorantiæ, quæ iustum tribuit impedimentum, ex clausula generali, *si qua iusta causa mihi videbitur*, restituerentur. Priua-
14 tionis namque † pœna. *leg*. 2. *C. de iure Emphyteutico*. non nisi voluntarie cessanti imponitur. Iason *dict. l*. 2. *nu*. 184. *& seq. C. d. tit*. Et si non apparet, an aliquis sit Emphyteuta, an censuarius, an quo modo, nunquam
15 † ex cessatione solutionis cuiuscunque temporis, caderet à suo iure. Iason *dict. l*. 2. *num*. 42. Tantoque minus, si (vt Reus noster) statim ac de contractu Emphyteutico prius constiterit, Emphyteusin à domino recognoscere, eidemque canonem soluere paratus fuisset. Iason *ibidem num*. 54. Nec Reus noster scienter, aut per dolum, vel latam culpam negauit domum esse Emphyteuticam, sed ob modo relatas rationes iustam ignorantiæ causam habuit, adeoque etiamsi ex Actis constaret de Emphyteusi, ipseque Reus conuictus es-
16 set † de mendacio, negatione tamen illa ius suum Emphyteuticum neutiquam perdidisset. Iason *in dict. l. num* 86. Etiamsi vel Actor contractum Emphyteuticum probasset, vel quoque ipsius actio aut ius Emphyteuseos seu prætensum dominium in litigiosa domo, per Rei ipsiusque auctorum libertatis præscriptionem non esset sublata. De qua tamen libertatis præscriptione ædium, ex actis constare satis videtur. Reus eiusque ædium venditores, auctores, & antecessores, si vnquam aliquid ex dicta domo litigiosa ante plus quam centum annos dependerunt, confessione tamen Actoris propria intra hominum memoriam nihil inde soluerunt. Domus quoque citra Aduocati Coloniensis requisitum consensum, aut secutam contradictionem, sine caducitatis querela, coram Scabinis suis iuratis, sicque proculdubio, ipso non

non insciente, sæpius iudicialiter, de vno in alium per tanti temporis cursum alienata est, & absque concessionis nouæ impetratione, à sequentibus possessoribus & successoribus singularibus cum bona fide occupata & possessa, sicque si quia nata tunc actio esset, illa ipsa tamen longe plus, quam quadraginta annorum subsecuta præscriptione, iam dudum fuisset extincta, & † pensionis soluendæ libertas præscripta. Iason *dict. l.2.num.72.* Ioan. Baptista Boui. *de Statut. vrb. præscript. gloss.19.num.227.* Iulius Clarus *lib.4.Sent.§.feudum.qu.42.n.10.* Reus quoque, suiq; auctores & antecessores, intra hominum memoriam in Emphyteusin non acceperunt, nec vt Emphyteuticam eandem possederunt. Ergo propter defectum in ipsos non celebrati contractus Emphyteutici, ex eoq; non natæ obligationis, ob non solutionem canonis, quem non debuerunt, non incurrerunt caducitatem: nec à iure quodam Emphyteutico, quod non habuerunt, nec in præiudicium possessæ domus in se receperunt, ceciderunt, nisi, quod priuatio præcedat habitum, absurde asseuerare velimus. Præterea Actor, dum finitæ trinæ manus, & alienationis illicitæ, & non soluti canonis, tres caducitatis causas accumulat, sibi ipsi cõtrarius secum ipse pugnat. Quod enim vna postremis ex tribus manibus per triennium canonem non soluerit, Actor met non asserit: Alias enim ob finitam tertii manum caducitas asserta vana esset, nec habere locum posset, quia priusquam trina manus finiretur, iam ante ob triennalem non solutionem canonis ius Emphyteuticum fuisset amissum: Ergo de alio quodam Emphyteuta sequenti, quod is canonem non soluerit, Actor conqueritur; sicque implicite ipsemet fatetur, quod extincta asserta aliqua tertia manu, Emphyteusis dictæ domus neutiquam exspirauerit, sed ob sequentis alterius cuiusdam Emphyteutæ non solutionem canonis vtile dominium cum directo sit consolidatum. Aut igitur asserta illicita alienatio domus Emphyteuticæ triennalem non solutionem canonis antecessit, aut secuta est. Si antecessit, tunc vtile do-

minium ob illicitam domus alienationem iam prius amissum, per sequentem cessationem solutionis canonis vlterius amitti non potuit. Quemadmodum enim
18 quis id, quod non habet, male † dat; teste Bartolo *in l. si vniuersa. Cod. de legat.* sic etiam id, quod non habet, & iam prius amisit, amittere non potest, cum priuatio habitum præsupponat. Si vero secuta est illicita alienatio, & ob eandem Actori domus est adiudicanda: sequitur, quod dominus directus præcedentem moram triennalem in non soluendo canone, suo Emphyteutæ condonauerit; sicque ex semel remissa caducitatis causa illicitæ alienationis, Actor amplius agere non potuerit neque debuerit. Quia igitur assertæ caducitatis accumulatæ causæ inuicem seipsas destruunt, & Actor sibi ipse est contrarius, nec exprimit, ex qua causa in specie, eaque sola, dominium vtile cum directo consolidatum sit, aut amissum ius Emphyteuticum, & quæ fuerit tertia illa manus, per cujus obitum Emphyteusis finita fuerit, certe tanto minus videtur audiendus.

Dubium quoque est, in quem finem ab Actore allegetur ipsius documentis quibusdam annexa clausu-
19 la reseruatoria, *saluo iure † Domini Aduocati.* In dubio enim rectius de iure census, vel superficiei potius, quam de pensione Emphyteutica intelligi possunt. Quia in tertio Actoris documento diserte exprimitur, quod soluat dicta domus Domino Aduocato talentum piperis in festo Beati Thomæ Apostoli, & tamen insuper nihilominus additur clausula; *Saluo iure Domini Aduocati.* Ne igitur sit otiosa & superflua, necessario oportet, vt non de talento piperis, cuius iam facta fuerat mentio, sed de alio quodam Aduocati iure, forsitan iurisdictionis, sub qua d. domus sita sit, intelligatur, cum præsertim Actor appellatus nostermet asserat, in conclusionibus suis euentualibus. fol. 3. Es sey männiglichen zu Cölln bewust / daß er viel verschiedene Hoch: Eygenthumbs/vnd andere Gerechtigkeiten in der Statt Cölln habe. Sic in sexto Actoris documen-

rumento conceditur possidenti dictam domum libera potestas alienandi, in quos velit; & tamen additur in fine clausula, *saluo iure domini Aduocati.* Si iam dicta concessio liberæ alienationis ædium intelligenda est, quod fieri possit sine consensu Aduocati, necessario inde sequitur, quod per sequentem clausulam Aduocato neutiquam reseruetur Ius Emphyteuticum: (quod vtique ad alienationem rei Emphyteuticæ domini consensus requiritur) foret enim concessioni præcedenti contraria, adeoque in dubio facienda est interpretatio, vt † euitetur contrarietas: Si vero præce- 20
dens concessio intelligenda esset, vt quidem alienatio, sed non nisi cum consensu domini, fieri queat (quod vero litera expressa non cantat) tunc, quia idipsum iure communi alias est licitum, dicta concessio foret inepta, vana, otiosa, superflua, & sine effectu. Præterea licet Emphyteuta rem Emphyteuticam alienaret irrequisito domino, vel non soluit canonem per triennium, non tamen cadit à iure suo, nisi dominus † velit, & declaret se velle, esse locum 21
caducitati. Iason *dict.l.2.nu.9.* Iulius Clarus *dict.§. Emphyteusis. quæst.9.* Ideoque dominus directus post incursam caducitatem simpliciter recipiendo solutionem pensionis ab Emphyteuta, sine reseruatione aut protestatione, caducitatem illi remisisse censetur, sibique in iure expellendi præiudicat. Iason *dict.l.2. num.* 124. Iulius Clarus *d.loco, quæst.10.in princip.* Facta autem declaratione per dominum directum, Emphyteuta statim cadit † ipso iure, neque requiritur iudicis sen- 22
tentia, aut declaratio. Iulius Clarus *quæst. nona.* At in præsenti casu nostro Actor met in dictis Conclusionibus siue Euentualibus 42.*fol.*4. contendit: Es seyen zuvor Erbzinß vnnd Canon Emphyteuticus allwegen endtrichtet vnnd bezahlet/ biß vnnd so lang von jhme Graff Adolphen/ von seinem Herrn Vatter Graff Gumbrecht von N. darauff sey geklagt worden/ 2c. Sibi ipsi igitur contrarius Actor noster contra se ipsum pronunciat, quod tempore institutæ ab eo actio-

nis Emphyteusis, nec generatione fuerit finita, nec illicite alienata, nec ob cessationem solutionis triennalem in commissum ceciderit, adeoque (quia nimirum horum aliquid tum temporis accidisse non probauit) nec actio ipsi competierit, & ita Reus omnino sit absoluendus cum refusione expensarum causæ principalis. Quare saluis dominorum votis pronunciarem.

Sententia.

In Sachen weiland Magdalenen/ Kerstgen von T. nachgelassenen Witwen / jetzt deren Sohn / Matthias T. Beklagten vnd Appellanten eins/ wider auch weiland Fraw Annam Gumbrechts / Graffen zu N. Wittwen/jetzt deren Sohn/Herrn Adolphen Graffen zu N. Klägern vnd Appellaten anders Theils / ist allem Vorbringen nach zu Recht erkandt / daß gedachter Beklagter von angestelter Klag zu absoluiren vnd zuentledigen sey / als wir jhn auch hiemit absoluiren vnd entledigen / ermelten Kläger in die Gerichtskosten / in der Haubtsachen allenthalben auffgelauffen/ jhme dem Beklagten nach rechtlicher Ermessigung/ zu entrichten vnd zubezahlen / fällig ertheilend. Lata Anno 88.

Aliorum Dominorum vota. De corpore domus controuersæ, non quantum est satis, constare. Deinde dictam domum, quæcunque ea tandem sit, Emphyteusi obnoxiam esse, minime probatum. Tandem, vt hoc probatum foret, Iuri commissi, quod actor sibi asserere conatur, iam dudum præscriptum esset, ita, vt Reum eadem, qua Dominus Referens, formula ab instituta actione etiam absolueret.

2. N. Consentit etiam per omnia; excepto, quod Domino Comiti actionem quoad libram piperis, quæ sibi, antiquitate documentorum attenta, aliquo modo probata videtur, reseruare mallet, cum ei, tanquam annuæ pensioni, præscribi non possit.

3. N. idem sentit: putat tamen quod Aduocatus animaduertere possit & debeat, sententiam hanc illi actionem

ctionem illam reseruare. Concludit cum Domino Referente.

4. N. Putat pro maiori cautela Appendicem annectendam esse, &c. Concludit cum Domino Referente & Correferente.

5. N. Actorem ignorare domus situm, proinde reseruationem illi non prodesse, concludit simpliciter cum Dominis Referente & Correferente.

VOTVM QVINTVM

In causa Jacob von B. nomine Agnetis von dem B. vxoris & Consortum. Contra Decanum & Capitulum S. Seruatii Stiffts zu M.

Disputatur an locatio, Emphyteusis, vel innominatus sit contractus, si ad nouennium quid sit locatum.

SVMMARIA.

1 *Maritus agit sine mandato in causa vxoris.*

2 *Incompetentia non attenditur, cum pronunciatur pro obijciente eam.*

3 *Libelli conclusio potissimum attendenda in inuestiganda actione.*

4 *De vtili condictione, ex l. si quis conduct. C. locati. & cui detur. n. 11. & quid in ea probandum. nu. 16. & 37. & esse remedium recuperandi. nu. 17.*

5 *Locationis tempore finito, actio datur.*

6 *Actio vtilior actori eligenda. Et possessorium vtilius petitorio. nu. 7. & 8*

9 *In locatione requiritur pecunia numerata, & si non adsit, vt hic, est contractus innominatus. n. 18. Similis locationi. nu. 19.*

12 *Verba* Hand vnd Fuß abzuthun / *non solum rei, sed & possessionis restitutionem continent, & id magis.*

13 *Libellus impropriandus, vt saluetur.*

14 *Possessorium & petitorium simul proponi posse.*

15 *Ex sententia non debet iudicari, qua actio instituta.*

Votum Referentis.

PRocuratorium Appellatorum habetur pro sufficienti. Similiter Appellantium. Quia licet mandatum vxoris nomine non habeat, tamen id non impedit, quia
1 defendit quod potest facere † absque mandato. *l. maritus.* & ibi Glossa *C de procurat.*

Quo ad formalia, nullum inuenit defectum; excepto
2 quod in prima instantia obiecta incompetentia, sed † quia pro obiicientibus pronunciatum, non putat eam attendendam. In causa principali videndum primo, qua
3 actione actum. Et iuxta libelli tenorem, maxime † conclusionem, quæ potissimum attendenda, pronunciandum,

dum. Iaſon *in l ſi prius. n. 33. de noui operis nunciat.* Lanfranc. *in c. cum contra. nu. 6. de probat.* Felin. *in c. inter dilectos. n. 8. de fide inſtrum.* Putat actum vtili cõdictione, ex *l. ſi quis conductionis. C. locati.* In minore † dicitur, bona litigioſa ſemper elocata maioribus Reorum. 4
Ex eo clarum eſt, non actum in rem. *l. in rem. ff. de rei vendicat. l. 1. de alienat. iud. mut. cauſ. fact.* Similiter in initio libelli petit, vacuam ſibi poſſeſſionem tradi, cum cauſa, quia locationis tempus † finitum. *iuxta l. videmus. §. qui virum. ff. locati l. ſi cui. §. ſeruum. ff. eod.* Gloſ. 5
fin. *l. conductores. C. eod.* Rofred. *tit. locati.* Ergo cum ſit cauſa actionis expreſſa, temporis videlicet conuenti lapſus, iuxta *d. l. ſi quis conductionis.* ſequitur ex ea agi, per notat. Abbat *in c. dilecti filij nu. 14. de iudiciis.* Accedit quod hæc actio non tantum libello cõueniat, ſed etiam Actori ſit multo aptior, quod † attendendum omnino. 6
l. ſi quis intentionem. de Iudiciis. Abbas in *c. cæterũ quia. nu. 18. & 10. & c. examinata. n. 18. & 20 de Iudiciis.* Eſt enim remedium poſſeſſionis † recuperandæ. Maranta 7
diſtinct. 7. Iudicior. nu. 41. Sed poſſeſſionem proſequi, multo vtilius, quam in rem † agere. § *commodum. §. retinendæ. Inſt. de interdict.* Item quod Iudices in prima 8
inſtantia expreſſe dixere, quod actores prætenderint dictarum terrarum poſſeſſionẽ conſequi. Item quod hoc ipſum Actores non ſolum in ſuis concluſionibus affirmant, ſed etiam ſecundo grauamine, & ſecundo nouitatis articulo, ſe pro dictarum terrarum poſſeſſione recuperanda, inſinuari feciſſe decreta per Nuncium Iudicii, die Händ vnnd Füß abzuthun. Non obſtat, quod hic contractus, cum alicui ad nouem annos conceduntur agri, vt quotannis tradatur frumentum, propriè † dici locatio nequeat: quia ex ſubſtantia & natura locationis eſt, vt interueniat merces, eaque in pecunia numerata conſiſtat, *l. 1. §. ſi quis ſeruum & ibi gl. ff. depoſiti. l. naturales. § at cum do. vbi Gloſ. de præſcript. verb. tex. & Gloſ. in l. ſi olei. C. locati.* quod hic deſideratur. Neq; etiam eſſe poſſe contractum Emphyteuticum, quia deeſt decennii tempus Ferrarienſ. *in forma libell. ad* 9

fict.

sict.praestat. & rei relaxat. §. inuest tur. Neque etiam, iuxta actorum intentionem, nouennium est continuum, sed interruptum, & reuocatũ, quod pro simplici locatione habetur, atque si in persona sua quis se obliget, primo termino finito, se velle in tantundem temporis elocare. Ferrar. *d. loco.* Sed putat esse contractum innomina-
10 tum, Facio, vt des, per † ea, quæ in terminis notat Iason §. *actionum. Instit. de location.* vide textum *in l. si merces. §. rus. ff. locati.* Verum dictum remedium directum. *l. si quis conductionis*, competit non solum locatori petenti
11 sibi rem restitui; sed † etiam vtile datur pro omnibus contractibus, in quibus quis alieno nomine detinet. Et locum habet in omnibus iis, in quibus agitur ad rei redditionem. Glos. *d. l. si quis conductionis.* Ergo ex his putaret, vtilem condictionem ex *d. l. si quis, &c.* ad possessionem recuperandam, intentatam esse. Nec mouetur argumentis Reorum in contrarium; quia partim ad elidendam actionem pertinent, partim ex iis, quod volunt, non euincitur. Nam quod petitum, à terris ad
12 se pertinentibus, Händ vnd Füß abzuthun/ non † solum rei restitutionem continet, sed etiam possessionis, & id magis. Glos. *d. l. si quis intention. de iudiciis.* & Alexand. *consil. 43. in princip. vol 4.* Felin. *in c. inter dilectos. num. 2. de fide instrum.* Iason *in l. naturaliter. § nihil commune. num. 187. de acq. possess.* Tum quoque verba impro-
13 prianda sunt, vt † saluetur libellus, & actori actio apta instituatur. Abbas *d. c. examinata. de iudic.* Quare, medio inspecto concludendi, non videri sibi verba. Händ vnd Füß abzuthun/ aliter intelligi, quam quod continent petitionem restitutionis, ex eo scilicet, quia locationis tempus est expletum. Nec mouetur, quod dicunt, actum in foro actionis realis; quia imputent sibi, quod se subiecerint & ratũ habuerint, sententiam pro se acceptando. Item quod in multis ab iis actoribus allegatur dominium, & ita in rem actum; quia hoc licet pro possessione coloranda: imo vtrumque simul
14 proponi potest. Et † si in probatione petitorii cessatum, possessio vero probata; hæc est adiudicanda. text. Glos. & Dd.

& Dd. in c. suborta, nu. 7. vbi Abbas. de sent. & re iudicat.
d. l. naturaliter. §. nihil commune, de acq. poss. Capic. decis.
86. n. 6. Multo minus ex sententia primæ instantiæ in
rem actum demonstrari potest, quia non sententia,
qualis actio instituta, declarare † dicitur, sed potius 15
actio, qualis sententia ferenda. l. fundum ff. commun. di-
uid. l. fi. C. de fideicommiss. libert. Lanfranc. in c. quoniam
contra. n. 16. §. sic tractabimus.

Secundo an probata? Præmittit, in hac actione potis-
simum probandum † locationis contractum processisse, 16
& mercedem solutam, & sic possessionem penes do-
minum semper fuisse. l. quod meo nomine. ff. de acq. posses.
text. in d. l. si quis conductionis. & ibi Glossa. & Bartol. per
tot. Idem in l. non abs re. num. 3. Cod. vnde vi. facit text.
in l. Colonus. l. cum fundum. ff. de vi & vi armata. Castr.
in l. si quis rem. de acq. possess. in fine. Quemadmodum
hic reis dicta 24. Bonnaria ad vsum 9. annorum con-
cessa esse, aut saltem Reos eorum heredes esse, quibus
concessa sunt, & ab iis pensionem pactam solutam. l.
heredem. & ibi. Decius de R. I. Iason in §. aliquando. Instit.
de perpet. & tempor. act. Ratio † quia hæc conditio est 17
ex possessoriis recuperandæ, Maranta vbi supra. Bart.
in d. l. si quis conductionis. num. 2. Iason d. §. nihil commu-
ne. At in possessione recuperanda † duo ista potissimum 18
obseruanda sunt, Spoliatio aduersarii, & possessio Acto-
ris. Ferrariens. in forma libelli spoliatæ possessionis. §. ingres-
sus, & seq. Maranta distinct. 7. nu. 1. Nulla enim spoliatio
sine possessione esse potest. Afflict. decis. 395. num. 2. Se-
cundo præmittit, huiusmodi concessiones, quæ fiunt,
vt loco mercedis species aliqua accipiatur, affines esse
† contractui locationis. l. si olei. vbi Bartol. C. locati. Bar- 19
tol. in l. ex placito. num. 12. C. de rer. permutat. Tertio,
conductores & iis non absimiles colonos infra decen-
nium pro certa fructuum quantitate, esse † detentatores 20
tantum & possessores alieno nomine. text. in §. posside-
re. Inst. de interdict. & ibi Gloss. l. non solum. §. vulgo.
vers. cum hac. & ibi Gloss. verb. illam. de vsucap. Castr.
in l. non solet. C. locati. Nunc videndum de probationi-
bus,

bus,quæ partim ad dominium, pro possessione coloranda, partim ad docendum contractum concessionis 24. Bonnariorum,ad vsum nouennii,pro 7.modiis,& 6.vasis frumenti in singulos annos. Ad dominium; Primo, quia fuere multo tempore in quieta possessione accipiendi certam pensionem ex litigiosis agris, eosq; semper dederunt ad colendum agrum, vt in 1. articulo libelli. II. Quia de iisdem censum pendunt Ecclesiæ D. Mariæ, vt in 4.articulo libelli,& in nouitatibus. III.Iustam, artic.5.&c. Primum probare nituntur 1. & 2.teste primæ instantiæ: Item libris computationum Tilemanni de Langerloe; Item copiis suorũ S. Seruatii Registrorum.
21 Sed † testes esse de collegio, & de lucro redituum percepturos,colligitur ex librorum copiis,reditus videlicet solere distribui in anniuersariis, neque in communem arcam ad communem vsum reponi.Item nec hic agi de his, quæ tractantur in collegio, & quibus alii adhiberi non solent. Ideo videntur in suam rem testificari,& suspecti esse. *iuxta l. cum nuncius. & c.insuper. de testib. & c.tertio loco.de probat.* Dd. *in l. consensu. C.de diuortiis.l.eos.C.de testib.*

Secundo, depositio eorum est de pensitatione, & de
22 personis prorsus alienis à Reis, vtputa † de vsufructuariis *l.recte dicimus.25.ff.de V.S.* Ergo non possunt præiudicare proprietariis. *§.hic subiungi.ff.locati.l.2.§.si v-*
23 *susfructus. de religios.* Libri Tilemanni, licet † contra eum possunt probare. *l. quidem. §. nummularios. ff. de edendo.* tamen adhuc effectum recuperandi, videlicet quietam pensionum possessionem, non plene probant,
24 cum hoc in suum commodum vergat, & † sit quasi priuata annona. *l.ex empto.l.instrumenta. l.rationes. C.de probationib.*Capella Tholosana. *decis.496.*& ibi addit.
25 Bartol. *l.nuda ratio.de donat.* item † habet illa Registra suspecta, ꝙ cum aliis S. Seruatii non conueniunt; quia loquuntur de 24.Bonnariis vpt Roet. Ad secundũ argumentum,pro dominio probando, de census pensitatione; videndum an probatum sit, censum pro terris liti-
26 giosis solutum, valde dubitat † libros censuales proba-
re; quia

te; quia loquuntur de terris sitis iuxta Wagnersberg & Schawrot / qui limites in commensuratione terræ litigiosæ nusquam inueniuntur Non igitur clare probant, quod illa bona sint eadem illa ab ipsis descripta; sed iuris est, generalem & dubiam probationem certi nihil determinare. *c. in præsentia. vbi Glos. de probat.* Etiam dubitari poterit, an libri sint authentici; & posito esse; tamen † census solutionem non probare vtile dominium contra tertium. *l. solemnib. Cod de rei vindic. l. pater.* vbi Bartol. *C. de act. empt l. quæ quisque aliena. de acquir. rer. domin. c bona memoria. & ibi Glos. in verb. procurationem. de appell.* Luc. de Penna *in rub. C. de censib. & censitorib. lib.* 11. Rationem esse; quia multis ex causis census solui potest. Abbas *d. c. bona memoria, &c.* Accedere, rem inter alios actam. *C. illo tot.* Fel. *c. quamuis. de re iudicata. in princip.* Item quod Iuris, eiusmodi libris tertio præiudiciũ non fieri, nisi constet illum consensisse. *l. censualis. cum ibi notat. C. de donat.* Alex. *cons.* 77. *n.* 11. *lib.* 6. Quare cum nullũ titulum † Actores exprimãt, Ferrar. §. *de iure dominij. de form. libell. in actione reali, in princ.* nec quoad dominii probationẽ efficiunt quod intendunt, cum difficilis sit probatio † dominii. Alex. *cons.* 4. *n* 2. *lib.* 2. *l. qui destiterit. ff. ad SC. Turpil.* Et quod etiam possessionem non colorarint. Ad contractum vero concessionis ad 9. annos, vbi dicunt, Reorum maiores, & heredes in aureo Leone, litigiosos agros vltra annos 40. ab actoribus ad colendum de nouennio in nouenniũ accepisse pro certa quantitate fructuum, vt in artic. 5. primæ instantiæ, & in nouitatis 3. artic. produxerunt varias copias, ex variis Registris Dominorũ, S. Seruatii, & de his omnib. nudas tantum copias, quas non † putaret multæ fidei esse, vt ex illis probetur intentio Actorũ. *c.* 1. *de fide instrum.* Lanfiãc. *in repet. c. quoniã contra c* 9. *de probat.* & ibi in addit. ad Spec. §. *nunc dicendum. n.* 3. *de instrum. edit.* Alexãn. *cons.* 187. *vol.* 7. Fel *in c. ad audientiã de præscript.* Deinde instrumentum arendationis; primũ, cum Actores ipsi negent esse instrumentũ, & male translatum; tamen si dicamus

27 28 29 30

publicum

31 publicum instrumentum; non constat solemnitates † adesse; sigilla, subscriptiones. tex. *in §. non autem. & ibi Glos. Auth. de tabellion. l. contractus. C. de fide instrum.* Specul. *de instrum. edit. §. instrumento. num.* 19. Lanfr. *vbi* & Innocent *cap.* 1. *nu.* 6. *&* 7. *de fid. instrum.* Accedere; Notarium Capitulo S. Seruatii astrictum; & te-
32 stes † astrictos. *l. vnica. C. si Rect. prouinc.* qui non probant, maxime si alii testes haberi possunt. *iuxt. not.* Specul. *§. ponitur. nu.* 17. *de testib.* Debent enim esse sine omni suspicione. Item crederet; Notarium esse in propriam vtilitatem; quia est Notarius Capituli. Specul. *§. instrumentum. nu.* 25. *de instrum. edit.* Itaque parum fidei huic instrumento dandum; multo minus, si priuata
33 sit scriptura, dum ea pro se † vtuntur, *l. exemplis. vbi Glossa, C. de probationib.* Ferrar. *de form. oppon. contra instrum.* Aliam copiam de manu eiusdem Notarii, licet & huic non standum; ex prædictis; tamen in eo consiuderat magis facere contra actores; cum in ea bis narretur, reditum illum quotannis ratione eius Erbpachts
34 solutum; quare † aut perpetuus reditus erit, aut secum pugnans scriptura, cui non credendum. *c. imputari. de fide instrum. c. solicitudinem. de appellat. in fin. & ibi Glossa.* Addit, hanc copiam discrepare cum copiis librorum S. Seruatii. Primum, quia aiunt, Scheiffhardum de curia vpt Roet / quæ tamen in lite non est: Quare non
35 probant, cum sint alia intentionis contenta, alia † probationis. *l. matrem. cum ibi notat. C. de probat.* Panormit. *in c. ex tenore. nu.* 2. *de testib. c. in præsentia. in princip. de probationib.* Præterea nullibi narratur, quis solu-
36 tionem receperit, & cui † data, *iuxta l. si quis argentariis. §. rationes. de edendo.* Quo ad renunciationis petitionem à Reis factam, non probari, textus expressus *in l. si præstiterit. de fide instrument.* Ergo existimat ab Actoribus productas copias omnes inualidas. Et posito; copias authenticas; tamen nihil probare de actoris intentione; quia in hac actione probandum, possessionem
37 penes Actorem; quod † fit ostendendo locationem vel possessionem talem reis factam, eosque toto tempore

pensio-

pensionem soluisse. Castrens. *in l. qui vniuersos. §. quod per colonum. de acquir. possess. in fin.* ita vt hoc modo videri possit alieno nomine possideri, sed nunquam in actis probatum, Reos actorum nomine d. 24. Bonnaria possidere, & iis d. Bonnariorum concessionem ad 9. annos ab Actoribus factam, aut eos d. possessionis causam iure hereditario ab eo, cui facta concessio, accepisse, & sic in defuncti ius successisse *l. heredē. l. nemo. de reg. iur. l. viam veritatis. & not. in l. emptorem. C. locati.* Ergo, cum, vt supra dictum, constet, hanc obligationem personalem, quę nullos alios, nisi eos tantum, inter quos interposita est, tenere † potest. *l. actionum genera. ff. de oblig. & act.* Iason *in §. omniū. Instit. de actionib.* sequitur non solum non probatam, sed ne quidem ab initio aduersus hos Reos competiisse, cum ideo aduersus conductricem agere debuissent non eos, qui modo in possessione sunt, qui non, conductrice locatoris possessionem interuertente, sed suo proprio iure in eam venere, eamque suo nomine, non alieno possident, vt Rei asseuerant, nec Actores contrarium probant.

VOTVM SEXTVM

De Actionibus, quæ domino Emphyteuseos competunt. Et quid ratione probationis operetur hic antiquitas?

Ex Autographo.

SVMMARIA.

1 *Dominus feudi qua actione agat contra vasallum? An rei vindicatione? An condictione causa data causa nō secuta? Aut condictione ex lege. n. 2.*

3 *A feudo ad Emphyteusin argumentum sumitur.*

4 *In rei vindicatione dominiū probandum. Et quando ciuilis possessio sufficiat? nu. 7.*

5 *Condictio ex l. in contractibus Emphyteuticis locum habet, vt & triticiaria, nu. 6.*

8 *Dominus retinet ciuilem possessionem in Emphyteusi.*

De Actione.

1 MAtthæus de Afflict. ita distinguit. Dominum, si cum directo habeat vtile dominium, vt † cum ex culpa vasalli ipso Iure ei applicatum est feudum, agere vtili rei vindicatione. (Id quod falsum videtur; quia cum plene dominus est, directam intendit.) Sin directum tãtum habeat, agere directa in rem actione, quam tamen sententiam improbat. Condicere etiam posse ex lege, & respectu possessionis, non etiam respectu dominii, si directum & vtile, ex culpa vasalli, ipso Iure habeat. Sin autem vtile dominium veniat applicandum per sententiam, agere condictione ob causam vel ex moribus, secundum Bl. *in c. 1. §. pono. quæ sit prim. caus.* Tandem etiam refert consilium Iserniæ, ita quasi incertitudine quadam suspensum tenet lectorem. Apertius multo Frid. Schenck. *p. 243. ad fin. d. t.* Sane, inquit, non dubium est, quin rei vindicatione agere possit, cum directũ dominium semper apud Dominum permanserit. *d. §. vlt. de inuest. de re alien.* Sed quia difficilis est plerunque

que dominii probatio, sequitur Iserniæ consilium ex *d. l. is qui.* & concludit, in præfata specie magis conducere domino, condictione aliqua experiri, qua possessio auocetur. Franc. Duar. *c. 19. Commẽt. in vsus feud.* tradit, certum esse, domino competere directam rei vindicationem, ex Iure communi, item si feudum sit apertum ob culpam vasalli, dari condictionem causa data, causa † non secuta; aut condictionem ex lege. Addit *num. 3.* 2
quæstionem glossæ non magnæ vtilitatis esse, an contra emptorem agatur condictione, an rei vendicatione: nam possessionem condici sicuti proprietatem. *l. 1. de condict. tritic.* Nunc, vt quæ de actione feudali retulimus, ad actionem Emphyteuticam in nostro casu accommodemus, quia eadem vtriusque est ratio, vt supra ostendi, ita vt ab vna ad aliam Interpretes argumententur, vt † & facit Petr. de Bell. Pert. *in d. tit.* 14. *n.* 10. dubium 3
nõ est, quin hanc Emphyteuticam directam pro directa rei vindicatione accipere possimus. Petr. de Bell. Pert. *d. lo.* Atque tum probandum erit actoribus, & se dominos † directos esse eorum prædiorum quæ petunt, eaq; 4
à reis possideri. *d. l. 1. d. l. in rem. de rei vendic. l. 1. C. vbi in rem actio. c. examinata. de iudic.* Faber. Angelus, Portius, Iason, Zasius, & alii recẽtiores ad finem *§. omnium. Inst. de actio.* Rofred. *part. 4. rub. 1. de rei vend. n. 1. & seq.* Sed & pro condictione interpretari possumus, siue ex l. siue alia, quia condicitur possessio. Atqui condictionem † ex 5
l. locum habere in contractibus Emphyteuticis diserte tradit Rofred. *par. 4. rub. de condict. ex leg. vers. pro contractu Emphyteutico. argum. l. 1. C. eod.* Ibidem in fine addit, tum condictionem esse rei persecutoriam. Et per condictionem † triticiariam fundum, etiamsi vectigalis 6
sit, peti, tradit Vlp. *d. l. 1. de condict. tritic.* Ast prædiorum vectigalium & Emphyteuticariorum eadem est ratio, iuxta *d. rub. si ager vectig. i. e. Emphyteut. petat.* Et tum, vt ex supra annotatis ex Andr. de Isern. & Frid. Schenck patet, non est necesse actori probare dominium, sed sufficit docere, se habere † ciuilẽ rei possessionẽ, quæ à reo 7
tenetur vel possidetur; & ex iis intelligi potest, de requi-

ſitis condictionis triticiariæ, & condict. ex l. in *d. part.* 4. *ſub d. rub.* tradit Rofred. Certum eſt autem, dominum,
8 qui rem tradit in Emphyteuſin, retinere † ciuilem poſſeſſionẽ. *l. quod mea. de acquir. poſſeſſ. l. 2. Co. de præſcript.* 30. *annor.* Duar. *in d. tit.* 19. *num.* 6. vbi oſtendit, etiam poſ-
9 ſeſſoria interdicta dominis feudi † & Emphyteuticorum prædiorum, competere. Verum enimuero in hac noſtra hypotheſi eo maior difficultas verſatur, quod rei referant quæſtionem dominii, & negent actores eorum prædiorum, quæ tenent, vnquam dominos fuiſſe, aut anteceſſoribus ſuis in Emphyteuſin data, aut poſſeſſionem vllam, aut ius aliud, præter cenſum, in iis habere. Quo diligentius nobis videndum eſt, an actores, ſi minus dominium, ciuilem ſaltem poſſeſſionem eorum prædiorum, quæ petunt, probarint. Ac primum eorum fundamentum eſt, Inſtrumentum antiquum datum Anno Dom. 1297. in quo refertur, Volg. W. coram Iudicio Francofurtenſi recognouiſſe, ſe teneri ſingulis annis nomine annuæ penſionis Decano & Capitulo d. Eccleſiæ de duobus manſis ſibi Iure hereditario poſſidendis ab iiſdem locatis, ad 16. Octalia, intra feſta Aſſumpt. & Natiuit. Mariæ, vna cum tribus ſolidis, & 17. denariis leuibus, ac Capone, annui cenſus nomine perſoluendis, adiecto pacto de illis manſis non diuidendis, & ſi poſt requiſitionem de diuiſione tollenda, ea reuocata nõ fuerit d. Volg. eiusue heredes vel ſucceſſores, quocunque titulo d. manſi ad eos peruenerint, de Iure ſuo caſuros In d. autem Inſtrumento de contractu Emphyteutico actum eſſe hinc apparet. Primo referenda ordine argumenta ex 1. quæſtione, quibus oſtenditur fuiſſe Emphyteuticum, vnaque concluſione inferendum, ſi interceſſit contractus Emphyteuticus, iam apparere etiam de dominio, & ciuili poſſeſſione actorum. Imo etſi pro cenſuali contractu habeatur, fundatam eſſe intentionem actorum, vt in contractu Emphyteutico, per dilemma & pactum adiectũ, de requiſitione diuiſorum manſorum redintegrandorum Quare ſi conſtat à reis ea prædia poſſideri, de quibus in Inſtrumento, firmiſſima eſ-

ma esset ex ipso Instrumento † probatio, argu. *l. optimam. C. de contrah. & commit. stip*. Hinc Instrumentum dicitur probatio probata. Bl. *in l. quotiens. ad fin. C. de Iudic.* Dec. *cons. 36. pro tenui. nu. 2.* præsertim publicum, id est, quod † coram Magistratu, vt hoc, aut à Notario factum est. Id enim plene probat, quo ad veritatẽ, vel probationem rei gestæ, etiam contra quoscunque. Bartol. & comm. Dd. *in l. 2. C. de eden.* presertim Decius *n. 511.* idẽ *in c. 1. n. 14. de fid. Instr. & d. cons. 36. n. 2.* Pluribus Molinæus *tit. 1. §. 5. n. 8. & 9. in consuet. Paris.* Sic etiam, quo ad Ius & effectum actus gesti, plene probat & præiudicat, non modo iis, inter † quos confectum est eorumque heredibus, sed & causam ab iis habentibus, idque quo ad omnem suam virtutem & efficaciam. Idem Mol. *d. §. 5. n. 10.* Idque multo magis locum habet † in Instrumento antiquo, Dec. in *d. cons. 36. d. n. 2.* qua de re infra pluribus. Quod vero ad feuda & Emphyteutica prædia attinet, licet quid Instrumenta illa Emphyteutica probent, Ferra. *in d. form. lib. in verb. recusauit. n. 3. & 4.* disputet; tamen quia in eiusmodi cõtractibus, præsertim Emphyteuticis, quasi requisitum est necessarium Instrumentum siue † scriptura. Dd. comm. *in d. l. 1. C. de iure. Emphy.* Rofred. *in d. part. 1. d. tit. de vtil rei vendic. qua Emphyt. in 3. requisito,* non modo in his Instrumentum Originalis Infeudationis, sed & renouationis Inuestituræ Instrumentum Originale confectum, vel iussum confici animo disponendi, plene probat, nõ modo factum illius renouationis, sed & originalem concessionẽ feudi, & Emphyteusis, & rẽ illam, de qua agitur, feudalẽ vel Emphyteuticam esse, vt id egregie docet & multis auctoritatib. comprobat Molin. *d. §. 5. nu. 66. 67. & 68.* Sed de eo hic dubitatur; an prædia, quæ Rei possidẽt, sint hi duo mansus, de quib. in d. Instrumento agitur. Nam etsi actores non probarent, heredes, vel vniuersales successores d. Volg. extitisse, tamẽ sufficeret si probarent, hæc prædia, quæ Rei possident, quocumque titulo possideant, ad hos duos mãsos pertinere. Ac primo hic præmittendum est, agi de facto antiquo, cuius probatio cum admodum

Margin numbers: 10, 11, 12, 13, 14

difficilis sit, sufficit ex coniecturis verosimilter apparere, à Reis prædia illa, de quibus in Instrumento agitur, possideri. Satis enim constat, in antiquis leuiores probationes sufficere, aut † qualesquales haberi possunt. *l. penult. de probat. c. cum causam, vbi comm. Canonistæ de probat. & c. 1. & ibi gl. in verb. memoria. de præscript. lib. 6. c. veniens. de verb. sing. in 6. c. illud. de præsump. c. veniens. de test.* Corn. *cons. 19. nu. 1. lib. 2.* vbi accumulat auctoritates. Molin. *in d. §. 5. nu. 59. & 62.* Crauet. *in tract. de antiq. tempor. part. 4. §. materia ista.* Bald. in *Authent. quas actiones. n. 15. C. de sacros. eccl.* Rationem *in d. cons. 19.* Corn. hanc assignat, quia cum sit difficilis probatio, toleratur probatio non concludens omnino, & minus plena, quæ non probaret in recentibus. Itaque, vt Dd. ostendunt in *d. c. cum causam.* in factis antiquis, libris

16 † antiquis, etiam non authenticis, creditur, quibus alioquin fides non haberetur, vt idem Corneus ibid. ait, *n. 2.* Et in antiquis libris verba etiam enunciatiua probant, etiamsi incidēter sint prolata. Dd. *in l. cum aliquis. C. de iure delib.* Alexan. *consil. 6. n. 7. lib. 1. & consil. 74. lib. 4.* Decius *d. con. 36. n. 7.* idem *consil. 375.* Curt. sen. *consil. 76.* quod alias locum non habet. Dd. *in c. quoniam contra.* Molinæus copiose *d. §. 5. nu. 60.* Hinc Steph. Bertr. *cons. 40. lib. 2.* fidem in antiquissimis Instrumento adhiberi, nō solum in enunciatione, & assertione, verū etiam

17 assertionis † veritate. Deniq; eleganter idem Molin. *d. §. 5. n. 61.* tradit, antiquitatem in materia probationū duo operari. Primum, quod præsumatur solemniter omnia

18 acta, etiamsi non † sint, *arg. l. si filius. C. de petit. hered. l. qui in aliena. §. sed etsi non. de acq. hered.* Secundo, quod probationē minus perfectā suppleat, & credibiliorē faciat, & perfectam corroboret. Addit. *n. 62.* Plus autem tale

19 Instrumentum antiquū probare, si † in eo enuncientur solemnia. Idque pluribus explicat *n. 67.* At vero Instrumentum nostrum & publicū est, & in eo enunciantur solemnia, & est antiquissimum, scilicet ante 273. annos

20 conscriptum. Etsi enim Dd. disceptant, quot † annis quid antiquum esse in probationum materia censeatur, qua

qua de re idem Molin. tractat *d.§.5.nu.* 63. 64. & 65. tamen id dubium non est, antiquum id dici, quod tempus centum annorũ excessit. Dd. in *c.veniens.de testib.* Dd. *in d.l.cum aliquis.*& ibi Ias. *n.7.* idem *in l.admonendi.n.*209. & 246. *de iureiur.* Alexand. *d.consil.8.d.num.*7. & *consil.* 208. *num.*11. & *cons.*208. *lib.*2. & *cons.*12. *ad fin. lib.*4. Corneus *cons.* 239. *n.* 37. *vol.*1. Cæpoll. *in tract. penult. de seruit. vrb. præd. c.*19. Deci⁹ *cons.*121. *n.*8. vbi probat hanc esse communem opinionem vt & Molin. *d.§.5.d.n.*63. Steph. Bertrand. *cons* 283. *n.*4. & 10. *lib.*3. Etsi igitur antiquissimum & authenticũ hoc Instrumentum non possit ex toto probationem, contra reos, vt singulares successores & extraneos quasi possessores, inducere; tamen si ex aliis circumstãtiis coniici possit, ab iis mansos illos duos possideri, de quibus in Instrumento, iam probationes illæ, licet infirmiores, adiuuabũtur & supplebuntur per d. Instrumentum, iuxta ea quæ notauit Decius *in d. cons.*39 *n.*8. *vers. & per antiquitatẽ.*& eleganter Molin. *d.n.* 59. & *n.*62. & 66. Nam in *d.num.*59. d. Regulam (in antiquis sufficere qualesquales probationes) ita interpretatur, non vt qualiacunque, etiam alias nihil per se probantia, sufficiant ad probandum in antiquis, sed vt illa, quæ † per se fidem aliquam faciant, non tamen plenam, ratione antiquitatis, pleniorem fidem faciant. 21
Non enim potest antiquitas de nouo inducere in totum probationem, quæ nulla est, sed eam demum, quæ aliqua est, coadiuuat. Quod cum etiam in exemplis vel transumptis procedere putet, multo † magis procedet in 22
authentico & publico, *vt d.n.*60 & 66. pluribus explicat. Sed vt hæc ad nostrã hypothesin accommodemus, si aliunde probabiliter colligi non possit, dd. duos mansos, vel partẽ eorum à reis possideri, id ex d. Instrumento sane non probabitur. Sin autem illud quoquo modo possit ex aliis circumstãtiis elici, iam, quia, quo ad veritatem, d. Instrumentum probat contra omnes, vt supra ex *d.§.5.* Molin. ostendi *n.*8. & 9. constabit d. Ecclesiam dictorum mansorũ dominam fuisse, & locasse iure hereditario, possidendo sub pensione, & censu, illic expres-

sis, & pactum illud, de diuisis mansis redintegrãdis sub
23 pœna priuationis adiecisse. Probato † autem dominio de præterito, probabitur etiam de præsenti, vel ex iuris præsumptione. *l. siue possederis. C. de probat.* quod ita intelligo, vt est in d. Instrumento. Quod si etiam ex d. Instrumento appareat actum esse de contractu Emphyteutico, vt mihi dubium non est, id etiam consequitur, directum in iis dominium, & possessionem ciuilem esse saluam, atque ita id requisitum, quod ex parte actoris necessarium est, probabitur. Quod vero ad vim & effectum attinet d. Instrumenti, eatenus his possessoribus etiam extraneis præiudicabit, quatenus prędicasset & conductori, qui in eo exprimitur, quia negari non potest, ab eo, licet mediate, causam possessionis habere. Imo etiamsi prorsus extraneos esse ponamus, tamen ex eo solo, quod partem dd. mansorum possidet, actus gestus, qui in Instrumento continetur, ex Iuris dispositione eis prędicaret. Nam eisdem nocent acta vel Instru-
24 menta, etiam inter alios gesta, vel confecta, quibus † ipse actus nocet. Dd. *in l. 2. de edend.* & in *c. causam quæ. de probat.* Molin. *in d. § 5. num.* 10. Reliquum igitur est, vt per coniecturas & circumstantias inuestigemus, an Rei vel hos ipsos mansos, vel eorum partem possideant, de quibus in Instrumento. Itaq; reliqua probatoria, vt registra, item Instrumenta emptionum, & quietantias, & si quæ sunt alia huiusmodi, ad indagandã veritatem in tam antiquo & obscuro facto, conferemus. Et quidem ex collatione eius rei non leues coniecturæ & præsumptiones deprehenduntur.

Primo enim pensio, quæ soluta est Anno 1431. 32. 35. 36. 39. 42. 43. 47. 48. 49. 51. 56. 57. 60. 64. 66. 67. 68. 87. actorum antecessoribus de agris, auff dem Affenstein/ numero conuenit, vt & quod extractum est, fol. 180. b. auß vbergebenen Registern fol. 44. vnd 45. Nam 16. octalia vbique referuntur, vt est in literis.

Secundo tempus, quo solui deberet, congruit, scilicet inter festa Assumptionis & Natiuitatis Mariæ, vt patet ex Quietantia 1. Heinrich/ꝛc. An. 1537. & duabus inclusis.

clusis, 2. Instrumento emptionis, item 1. inclusa octauo Instrumento emptionis, & vnica inclusa decimo, & vnica inclusa vndecimo.

Tertio maxime ad rem facit, quod in d. Indice anni 1435. refertur, quod Strauß/& Husen Gerhard soluerint 3½. Octalia siliginis, vt & Anno 32. Husen Gerhard/ & An. 35. Agnes Straußin/ quæ & refertur in Indice Anni 32. & Anni 36. & 39. & consequenter semper in Indicibus fit mentio der Straussen/ vsq; ad annum 1487. vbi Friderich Strauß recensetur dare 3½. Octal. Et postea ad Annum 1497. & 1498. vbi refertur Heinrich Strauß dedisse 1½. Octal. ein Simmern/& frater Friderich Heinrich 1. Octal. 3. Simmern/ ad granarium dominorum, quæ faciunt simul 3½. Octal. At in d. prima Quietantia à Reis producta 1537. nominatim refertur, 3½. Octal. soluta ab heredibus Straussin. Et licet in secundo instrumento à Reis producto referatur, quod Anno 1481. d. Friederich Strauß & frater eius emerint 8. Morgē Ackers/ex quibus soluantur 7 Simmern quotannis Korngült/ tamen in artic. 12. expresse refertur, daß d. Friederich vorhin auch daselbst etliche Güter gehabt/von welchen d. 8. Morgen ein Getheils gewesen. Idem probatur ex 3. Instrumento, vbi refertur 16. Morgen ohngefährlich/ pendentes 14. Simmern korns/quod eodem Anno 1481. factum est. Hinc consequitur, agros illos, præsertim die acht Morgen/ quos ante die Straussen habuerunt, eos esse, de quibus in dd. Registris fit mentio. At in d. Registro Anni 1432. nominatim adiectum est, debuisse illos possessores vtique facere stipitem, id est, vt articulantur actores, in ein Hand kommen lassen/ hoc est, redintegrare, vel, vt est in literis, apud vnam personam permanere debuissent. Cum igitur & numerus & tempus Indicum & Instrumenti conueniat, & in dd. Registris iuxta pactum Instrumento expressum referatur, ex tribus illis vnum eos stipitem facere debuisse, inde non obscure colligitur, à Straussen (qui vnum repræsentarunt stipitem 3½. Octal. sol-

 uentem

uentem) à quibus aliquot Rei suorum prædiorum causam habent, partem illorum mansorum possessam, atq; ea prædia, quæ à dd. Straussen ad Reos illos peruenerunt, ad mansos illos in Instrumento positos pertinere. Eodem etiam referenda esse illa prædia contigua, quæ dd. Straussen à Cuntz Rückern emerunt, inde colligere licet, quod in d. 12. artic. defensionali ipsimet rei fateri videantur, daß die acht Morgen ein zertheilts von andern Gütern seyn gewesen. Quo accidit, quod postea amplius non soluerint, quæ ante. Nam semper referuntur die Straussen soluisse $3\frac{1}{2}$. Octal. vt & id refertur de Friederich Straussen in Registro anni 1487. post emptionem celebratam scil 1481. & in Registro Anni 1497. & 1498. de Henchē & Heinrich fratre Friederich Straussen. Sic & in d. prima Quietantia de Anno 1587 refertur, heredes d. Straussen inter duo festa Mariæ Assumpt. & Natiuit. soluisse $3\frac{1}{2}$. Octal. Atque hæc sententia congruit cum numero expresso in 3. Wehrbrieff/ scilicet cum 14. Simmern. Etenim $3\frac{1}{2}$. Octal. facere 14. Sim. apparet ex indicibus Annorum 1466. 1467. 1468. vbi referuntur $3\frac{1}{2}$. Octal dari à Straussen Heintz/ & à Clärichen/ a quolibet 7. Simmern. Idem declaratur in Indice de Anno 1464. vbi notatur, $3\frac{1}{2}$. Octalia dant Strauß Heintz & Clärichen. Additur, Clärichen dedit partem suam, scilicet Simmern die Bilti ldis/ Straussen Heintz etiam dedit partem suam 7. Simmern 4. post Concep. Et in Indice, de Anno 1465. vbi refertur, Clärichen dedit 14. Schilling pro 7 Simmern siliginis, tantundem dedit Strauß Heintz.

Porro d. Clärichen alteram partem, scilic. acht Morgen Ackers adeptam à Straussen/ ex iisdem Indicibus patet. Nam 16. illos Morgen tenuerunt Straussen & Strauß Heintz/ atque inde soluerunt $3\frac{1}{2}$. Octal. quilibet 7. Simmern/ vt ostendunt Indices de anno 1449. & 1451. Postea in Indice de Anno 1455. pro Straussen ponitur Clärichen. Sic $3\frac{1}{2}$. Octal. dant Strauß Heintz & Clärichen. Et quidem d. Clärichen tenuisse adhuc

d. 8.

d. 8. Morgen Anno 1468. apparet ex Indice eiusdem anni. Postea nullus Index vsque ad Annum 1487. annotatur. Probabile autem est, interea temporis dd. agros à Clārichen nactum esse d. Cuntz Rücker / quem Anno 1476. d. acht Morgen habuisse patet ex 1. Instrumento emptionis, vbi refert 6. Morgen an dem Wege zum Affenstein confines esse agris Cuntz Rückers / qui Anno 1481. eos rursum vendidit familiæ der Straussen / qui, vt iam ostendi, alteram partem scilicet 8. Morgen iam antea multis annis habuerunt, imo vt perspici potest ex Indicibus Anno 1432. vsque ad annum 1451. omnes illos 16. Morgen possederunt, atque inde dederunt $3\frac{1}{2}$. Oct. Quod ipsum sufficit, vt statuamus, omnes illos 16. Morgen dd. mansis inclusos fuisse. Quæ autem causa concludendi est in hoc 3. argum. quo ad $3\frac{1}{2}$. Oct. eadem quoque subest 4 arg. quo ad $8\frac{1}{2}$. Oct. ita, vt idem prorsus de eo quoq; stipite sit statuendum. Nam in primo Instrum. emptionis refertur, vicarium quendam d. Eccles. tum alios duos, tum 31. Morgen agrorum auff vnd an dem Affenstein / qui ad eum peruenerunt à Katharina Ritthusen / ex quibus penduntur 9. Octal. Korngülten / vendidisse Cuntz von Wasserloß vnnd Heinen Wäncken Anno 1476. Deinde in Registro Anni 1487. notauit de dd. 16. Octal. siliginis dare $8\frac{1}{2}$. Octa. Hein Wäncken vnd Hein von Wasserloß. Et in Indice de Anno 1497. & 98. proditur, d. Hein Wäncken dedisse 14. Octal. i. e. Simmern / & d. Hein von Wasserloß / etiam 4. Octal. id est, Simmern / ad granarium dominorum, atque ita coniunctim d. $8\frac{1}{2}$. Octal. Inde igitur apparet, ex quibus agris olim familia Ritthusen ab Anno 1432. & nominatim d. Katharina Ritthusen / eiusque nomine Peter Jsenschlager / vt ostendunt aperte Indices de Anno 1464. & 1468. dederunt $8\frac{1}{2}$. Octal. eosdem tenuisse postea d. Wäncken & Wasserloß / vt apparet ex dd. Indicibus, Anni 1487. & 1497. & 98. Quare ex prædictis & expositis ante circumstantiis & collatione Indicum & d. 1. Instrumenti

emptio-

emptionis concludo, ab illis quoque Reis, qui d. Instrumentum produxerunt, partem præcipuam duorum illorum mansorum, imo amplius, quam vnum mansum, possideri. Accedunt ad circumstantias priores illæ etiam. Primo quod in d. Instrumento quædam ex dd. prædiis referantur confinia fuisse, vt d. 6. Morgen prædiis Cuntz Rückers. At tum, scilicet An. 1476. d. Rücker tenuit 8. illos Morgen / ex quibus dedit 7. Simmern / quos post 5. annos, Anno scil. 1481. vendidit d. Straussen / alteram partem, scilicet 8. Morgen / habentibus, & inde 7. Simmern pendentibus, à quibus etiam dd. 8. Morgen deriuati fuerunt, vt supra ostendi, quos tunc Rücker habuit. Itaque simul pertinuerunt ad dd. duos mansos, de quibus in literis, quos contiguos fuisse inde manifestum est, quod eorum diuisio in iisdem prohibita fuit. Secundo quod in dd. literis refertur d. 16. Octal. ad granarium d. Ecclesiæ persoluenda. At in dd. Indicibus Anno 1497. & 98. expresse refertur, tum à d. Wasserlosen & Wäncken / tum à d. Straussen $8\frac{1}{2}$. Octal. & d. $3\frac{1}{2}$. Octal. ad granarium soluta fuisse.

Denique licet in d. Instrumento num. 1. non exprimatur, quale dominium d. vicarius d. Wasserlosen & Wäncken vendiderit, tamen eum vtile tantum dominium & Ius Emphyteuticum vendidisse, vt existimem, his moueor argumentis. Primo, quod auctorem referat vnde habeat, nimirum quod dd. prædia sibi à d. Katharina Ritthusen obuenerint. At ex Indicibus ab Anno 1432. vsque ad annum 1468. manifestum est, quod ex illis 16. Octalibus, (de quibus in d. Instrumento) dicta Katharina soluerit $8\frac{1}{2}$. Octal. Vnde quo Iure illa dd. prædia, quæ mansum vnum excedunt, tenuit, eodem & d. Vicarius habuit, & in alios transtulit. At, vt ex d. Instrumento patet, d. Ritthusen tenuit Iure Emphyteutico. Ergo idem, nec amplius in emptores transtulit,
25 iuxta † regulam: Nemo plus iuris in alium transferre potest, quam ipse habet. Secundo, nec id voluit. Nam in dictis literis expressit, ex dictis prędiis quotannis solui 9. octal. Korngülten / quæ faciunt 36. Simmern

Korns.

Korns. Ex quibus duo Morgen / quæ sunt im Galgenfelde / huc non pertinent, vt nec ½. Octal. quia, vt ex dictis Registris liquet, nec Ritterhusen / nec hi emptores, id est, die Wasserlosen vnnd Wäncken soluerunt amplius, quam 8½. Octal. Quod si igitur conferamus numerum agrorum cum numero der Simmern / & contulerimus etiam tertium stipitem der Straussen / tot erunt Simmern / quot Morgen. Nam in dicto Instrumento primo referuntur 32. Morgen / siti auff vnnd am Affenstein / ex quibus penduntur 24. Simmern. Et in tertio Instrumento der Straussen tertii stipitis referuntur 16. Morgen ohngefehr / ex quibus soluuntur 14. Simmern. Ita ex 48. Morgen soluuntur 48. Simmern. At in hac regione & vicinis locis valde vsitatum est, vt in perpetua Emphyteusi canonis vel pensionis
nomine † soluatur von einem Morgen ein Simmern 26
Korns / (id ego cognoui in der Besuchung deß Stiffts Zeel) Atque hoc ipsum etiam argumento est, dictorum prædiorum dominium olim apud Ecclesiam fuisse. Nam alioquin tantum ex singulis Morgen non penderetur. Multo enim minus dari solet ex iis prædiis censfus nomine, quorum dominia perpetuo apud possessores, qui censum præstant, & nunquam apud eos, quibus soluitur, fuerunt. At supra ostendi id inspiciendũ, quod
in illa ipsa regione vel † in vicinia vsitatum est, quo eti- 27
iam pertinent ea, quæ Dd. notant *ad l. de quibus. de legib.* Tertio, non plenum dominium dictorum prædiorum, in d. primo Instrumento contentorum, venditum fuis-
se etiam redarguit † pretii exiguitas. Nam 34. Morgen 28
agrorũ venditi sunt 26. florenis ita quod ein Morgen / cum tertia fere eiusdem parte, vno floreno venierit, quod pretium etiam id temporis in emptione proprietatis nimis exile, & æquo minus fuisset. At frequenter accidit, quod in contractu Emphyteutico, hereditarii iuris causa, id est, der Erbgerechtigkeit / venditio pro modico pretio interueniat. Quare cum ex his amplius non sit obscurum, prædia duorum illorum stipitum, quorum alter, scilicet der Wasserlosen vnd Wäncken /

ex 16.

ex 16. illis octalibus, quæ in dicto antiquo Instrumento locationis nominantur, ad præstitutum in iisdem tempus, ad granarium d. Ecclesiæ, actorum $8\frac{1}{2}$. Octal. alter $3\frac{1}{2}$. Octal. soluere solebat; ex illis duobus mansis esse, qui in d. Instrumento continentur; facile est diiudicatu, quid de illis prædiis; ex quibus reliqua 4. Octal. præstantur, sit statuendum. Nam vt ex dd. Registris patet, d. 4. Octal. soluerunt primo Lutz & Adam Weisser oder Wissen: deinde Wickersfroschen pro iis, vt patet ex Indice de Anno 1443. 1447. 1449. Nam apud eum habitauit der junge Lutz Wiß / vt videre licet ex Indicibus Anni 1455. & 56. tum eorundem nomine Mengelheim zu der Schürn / vt planum est ex Indice sequentis Anni 1457. & aliis, præsertim vero Anno 1464. & 65. & 67 & 68. in quibus refertur, quod ex parte Adam Wiß 4. Octal. dederit Mengel oder Mutzelheim zu der Schürn. At 4. Morgen illorum prædiorum, quæ à Ritthusen ad d. Vicarium peruenerunt, confinia fuerunt prædiis Wickerfroschen / & 2. Morgen contigua H. prædiis. Hein Wissen / & 3. Morgen Schürherin zum Froschen. Eundem autem puto esse; qui in Registris dicitur Mengelheim zur Schüren/ꝛc. Ita quemcunq; ex illis prædia ea, ex quibus soluebantur 4. Octalia, possedisse statuerimus, ea quoque illis prædiis contigua fuisse consequitur; qui d. 8. Octal. præstiterunt, ita vt omnia coniuncta 16. Octal. pendentia duos illos mansos, de quibus in literis, confecerint.

Sed vt hoc firmiter non inferatur, tamen quin idem judicium sit de vna reliqua parte faciendum; quod de duabus & aliis præcipuis, respectu totius, dubium non est. Nam si, quæ de his 16. Octal. intra duo festa Mariæ Assumptionis & Natiuitat. soluendis annotata sunt in Indicibus, contulerimus, semper à tribus stipitibus ea præstita fuisse inueniemus, quorum vnus $8\frac{1}{2}$. alter 4. tertius $3\frac{1}{2}$. soluit. Itaque cuius conditionis fuerunt illi agri, ex quibus ab vno stipite $8\frac{1}{2}$. ab alio $3\frac{1}{2}$. præstita sunt, eiusdem & cæteri fuerunt, ex quibus 4. Octal.

Octal pensa sunt. Atqui satis probatum est, illos agros, quos duo illi stipites possederunt, ad illos mansos pertinere. Idem igitur de tertio stipite statuendum erit. Nam omnes sub complexu 16. Octal. cõtinentur, quæ, vt est in dicto Instrumento locationis, ex duobus illis mansis persoluebantur aut persoluenda erant. Nec obstat, quod iuxta dictum Instrumentum dicti mansi apud vnam personam indiuisi perpetuo manere debebant. Nam & hos ipsos vnum stipitem facere debuisse in Indice de Anno 1432. exprimitur, vt supra indicaui. Hæc in rebus vetustis & factis antiquis sufficere existimarem ad probationem, si minus directi dominii, at saltem ciuilis possessionis Actorum, quam in censu percipiendo de iis prædiis huc vsque in iisdem retinuerunt. Et quidem ea prædia iam Reos possidere inde constat, quod aliqui ex iis causam eorum habeant à dictis Straussen/ vt à quibus productum est Instrumentum emptionis, *num*.7. imo ex eadem familia aliqui sunt, veluti Johann Strauß & Andres Straussen liberi, aliqui autem à dict. Wasserlosen & Wäncken prędiorum suorum causam sint sortiti, vt qui dictum Instrumentum protulerunt. Contra reliquos autem fortis hæc est præsumptio, quod fateantur se ex iisdem prædiis soluere Korngülten inter prædicta duo festa Assumptionis & Natiuitatis Mariæ, vt ex eorum apochis & quietantiis constat. Nam quoquomodo Korngülten interpretentur, siue pro censu, siue pro pensione, tamen causam habere ab Actoribus videntur. Nam si pro pensione vel canone, tum Emphyteutæ sunt. Vt autem supra ostendi, dominus in prædiis Emphyteuticis directum dominium & ciuilem possessionem retinet. Sin pro censu, censuales sunt. Itaque consequitur, illos iam olim ab iis dominium eorum prædiorum accepisse, quibus censum præstant. Nam, vt supra ostendi, in censuali contractu dominium prædiorum censualium ab iis, quibus census soluitur, in eos transfertur, qui ea possident, & ex iis censum pendunt. Vtroque autem modo per dilemma

ante

ante positum iure suo excident, etsi nullum pactum factum esset de diuisione, & Instrumentum id ad eos non pertineret. Ex his videtur inferri posse, etiam reliquos, qui 4. illa octal. præstant, in eadem causa eodemq; ordine censendos, quo istos, qui à dd. duobus stipitibus der Wasserlosen & Wäncken; item der Straussen in dd. prædiis, causam possessionis suæ acceperunt.

VOTVM SEPTIMVM

De differentia Feudi & Emphyteuseos, & de Appellationibus in causis feudalibus, ex Autographo de Anno 1569. in causa Christian von V. Contra Friderichen von St.

SVMMARIA

1 *Iudicis, ad quem appellatur, persona debet esse certa.*
2 *In realibus Iudex est, vbi res sita est.*
3 *Fatalia si labantur Iudicis culpa, parti non nocet, si modo de diligentia protestetur. nu. 4.*
5 *Iudex ex Actis & probatis sese informat.*
6 *Tacens in iudicio habetur pro consentiente.*
7 *Si super feudi possessione agatur, ordinarius est Iudex, & num. 25.*
8 *Iudicium in inuitum redditur.*
9 *Appellatio ad competentem & gradatim fieri debet.*
10 *In feudis an gradatim appellandum, & an eadem sint tempora, quæ iure communi ratione fatalium, num. 11.*
12 *Ordinatio Cameræ Imper. vim legis habet.*
13 *Delegatus non habet maiorem auctoritatem, quam ordinarius.*
14 *Appellatione deserta perinde est, ac si ea interposita non esset.*
15 *Protestatio actui contraria non releuat.*
16 *Pro sententia priorum iudicum præsumitur.*
17 *Impeditus protestari, restitut. in integrum petere debet, & causa euidens probanda. nu. 18. & si secus fiat, pro confesso habetur, nu. 19.*

20 Nul-

20 *Nullitas si cum appellatione cõiuncta sit, super nullitate pronunciari potest.*

21 *Quando de meritis causa constat, super iustitia causa pronunciatur.*

22 *Appellatio à sententia, qua quis se cõpetentem pronunciat, qualis?*

23 *Sententia, qua quis se incompetentem pronunciat, vim definitiua habet*

24 *Non appellare & nulliter appellare paria sunt.*

25 *Actor sequitur forum Rei, quomodo in feudalibus intelligatur?*

27 *Alienatio beneficiarii vel Emphyteuticarii pradii quando sine consensu domini valeat.*

28 *Paria sunt expresse dicere, & ex Actis apparere.*

29 *Impedimentum impeditum excusat.*

30 *Appellato consentiente, Iudex, omisso puncto appellationis, de causa principali cognoscit.*

31 *Deserta appellatione, quando Iudex sententiam, qua in rem iudicatam transiuit, confirmare possit.*

32 *Appellatio à sententia nulla, negotii principalis causam ad superiorem deuoluit.*

33 *Emphyteuta vtilem rei vindicationem habet, & qua eius requisita. num. 34. & 37.*

35 *Dominium iuris est, possessio facti.*

Referens.

AN formalia appellationis sint iusta? Lata est sentẽtia à qua 18. Augusti. Anno 45. Ab illa sententia in continenti viua voce appellatum. Sed nomine Iudicis ad quem nõ expresso, Appellans vero interpositã appellationem coram Cõmissariis à Duce Iuliacensi constitutis, est prosecutus. Commissarii Appellatum citarunt, qui 15. Septemb. 46. Anni comparuit; primum protestando de non consentiendo in Iurisdictionem Commissariorum; secundo allegando causam hanc desertam, & sic ad priores Iudices remittendam. Sed his exceptionibus non obstantibus, Commissarii se cõpetentes pronunciarunt. Ab hac sententia ad Cameram est appella-

G tum.

tum. Quo ad primam appellationem, nihil desidero ratione temporis interpositæ appellationis, quia in continenti appellauit. An vero talis appellatio ad Cameram vel alium quemcunq; Iudicē locum habeat, Dd. variāt, præsertim cum de Iure Pontif. persona Iudicis ad quem
1 debeat esse † certa. *c. adhac. de rescript.* & nomen Iudicis debeat exprimi. *c. legitima. de appell. in 6.* Sed receptior & communior Dd. est sententia, appellationem generaliter factam sine Iudicis ad quem nomine valere. Iason *in l. qui Roma. 122. §. Seia, nu. 3. & praced. de verb. oblig.* vbi Ius Pontificium & ciuile conciliat. Bald. *in l. apertissimi. 16. num. 51. C. de iudic.* Marant. *part. 6. de appellat. n.* 120. Cum ergo ad competentem appellatum, recte aditus est Iuliacensis. Nam cum fundus controuersus in territorio Ducis Iuliacensis sit situs, supremamq; habeat Iurisdictionem, appellationis competens Iudex censetur,
2 cum † in actionibus in rem conueniendus sit Reus, vbi res sita est. *l. vlt. C. vbi in rem actio.* Quod vero appellationem non debito tempore sint prosecuti, atq; cum annus fere atq; mensis elapsi, processus primum extracti, & reproducti 15. Septemb. Anno 46. hoc non Appellantis negligentia; sed Iudicis ad quem, & Commissariorum culpa esse factum, ex actis secundæ Instantiæ liquet. Quare cum per Iudicis impedimentum fatalium tem-
3 pus effluxerit, id Appellanti non † imputatur. Iacobin. de S. Georg *in c. ex ratione. num. 7. de appellat.* Bald. *in d. c. ex ratione. n. 2.* & ibi Panorm. *n. 6. &* 11. Bald. *in Auth. item si appellatione. num. 1. C. de tempor. appellat.* Marant. *part. 6. de appell. num.* 408. Debet autem Appellans de sua dili-
4 gentia & impedimento ex officio Iudicis veniente † protestari. Iacobin. de S. Georg. *d. c. nu. 5.* Præsumitur enim in dubio pro Iudice. Mynsing. *obs. 59. cent. 2.* Ergo Appellanti Iudicis culpa, qua cursus fatalium lapsus est, non nocebit. *c. ex insinuatione.* & ibi Panorm. *num. 3.* Ex his videtur appellatio non deserta. Sed his non obstantibus contrarium est verius. Nam etsi in confesso sit appellationem debito tempore factam, tamen an coram competente, & sic gradatim Appellantes, nondum lapsis fatalibus,

fatalibus, appellationem fuerint prosecuti, tota quæstio versatur; ad quam explicandam imprimis examinandũ, num fundus controuersus sit feudum, vel naturam feudi habeat? Quorũ alterum ex eo confirmatur, quod **Lehenmann vnnd geschworne deß Hauses Duisse** interlocutorie pronuntiarint, **man soll den Lehenherrn ersuchen/ vnd begehren seine Rollen vnd Zettel zubesehen/** an litigiosus fundus sit **ein Lehen**/ ne alicui litigatorum fiat iniuria. Sequenti Iuridica quidam comparuit nomine Abbatissæ, & literis exhibitis probauit, quod fundus **Brodthausen sit ein Lehengut zu Duisen in den Hoff/ zu Gerichten vnnd zu Lehen gehörig.** fol.1, fac.2. Accedit, quod dd. Iudices fatentur, dominum feudi habere ius immittendi in possessionem fundi. Cum igitur ex actis allegatis & probatis Iudex in iudicando se informare † debeat, Panorm. *in c. pastoralis. §. quia vero. de rescrip.* puto fundum **Brodthausen** esse feudum, vel habere feudi naturam, & sic ordinariæ Iurisdictioni esse exemptum. Huc facit, cum quis in Iudicio tacet, & non contradicit, videtur † consentire *l. 2. §. voluntates. ff. solut. matrim.* Sic in nostro casu Rei in Iudicio **der Lehenmañ deß Hauses Duisen**/ ratione fundi, quem possidebant, conuenti, nihil contradixerunt. Ex illa igitur taciturnitate videtur fundum controuersum feudum esse dicendum. Quod si de possessione sit quæstio, certe huius causæ cognitio ad Ordinarium sine controuersia spectaret. Sed † cum super petitorio contendatur; cognitio ordinario loci non competit. Ratio, quia quæstio nudæ possessionis est quæstio facti non iuris. Vnde non tangit sententiam feudi, sed nec ius domini. Bald. *in cap. cæterum. de iudic.* Postremo pares Curiæ, aut fuerunt competentes, aut incompetentes. Si competentes, consensus Reorum non requirebatur, quia Iudicium in inuitum † redditur. *l. inter stipulantem ff. de verb. oblig.* Aut fuerunt incompetentes, & tunc debuissent suas exceptiones declinatorias iure permissas opponere; quod cum non factum, in iurisdictionem Parium consenserunt, &c. Et hinc sequitur, causæ qualitate considera-

ta, quæ Iudici iurisdictionem tribuit, non ad Ducem Iuliacensem, sed ad feudi Dominum, vt competentem, appellationem fieri debuisse: cum iuris sit, appellationem
9 ad competentem & gradatim fieri † debere. *l. Imperatores. ff. de appellat.* Bart. *in l. præcipimus. 32. C. de appellat. cap. dilecti. cum gloss. extra, eod.* Bald. *in cap. super literis. num. 4. de rescript. Ord. Camer part. 2. titul. 30. §.* vnd so alsso. Appellatio autem omisso medio non valet. *d. l. Imperatores.* Sed dubitari posset, an in feudis quoque
10 gradatim appellari debeat? Sed † in iure feudorum est expressum, à sententia lata per dominum, vel pares, ad proximum dominum superiorem feudi appellari *cap. 1. §. vltim. quo tempore miles.* Curt. iunior *part. 7. num. 31.* Si vero ageretur coram Iudice loci ordinario, appellandum esset ad Iudicem superiorem illius Iudicis. *cap. Romana. extra, de appellat.* An vero tempora prosequendæ appellationis eadem in causis feudalibus, quæ in iu-
11 re communi statuta sunt, seruari debeant, dubitatio † est. Nam *in dict. cap. 1. §. vltim. quo tempore miles.* appellanti tantum sex septimanæ præfiguntur. Verum Iacob. de S. Georg. tradit, in causis feudalibus debere seruari Iura disponētia de temporibus appellationum. *§. 2. in verb. & dicti vasall. num. 38.* Cum autē Ordinatio Ca-
12 meræ, quæ vim legis habet, statuat † tempus prosequendæ appellationis sex mensium, puto appellationes causarum feudalium ad id tempus adstringi, quæ Ordinatio in Ducatu Iuliacensi obseruatur. Posito autem Appellantem de sua diligentia protestatum, & per Commissarios stetisse, quo minus debito tempore potuerit prosequi appellationem, tamen cum Dux Iuliacensis, vt supra dictum, non potuerit dare Commissarios, multo minus Commissarii actus legitimos iurisdictionis exercere potuerunt. Cum delegatus non ha-
13 beat maiorem Iurisdictionē quam † ordinarius. *cap. Pastoralis. de offic. deleg. l. et si Prætor. ff. de offic. eius, cui mand. est iurisdict.* Et sic qualitas committentis debet considerari, non delegati. Iason *in d. l. et si. num. 1.* Ex his sequitur, Protestationem de diligentia factam fuisse
nullam

nullam & frustratoriam. Nam quod non habuerunt, non potuerunt prorogare.

Concludit causam desertam, & ad primos Iudices, ad executioni mandandam, remitti debere, Appellatos in Camera in expensas cõdemnando. Mallem in principali, idq; in fauorem Appellãtis, quia iustam causam fouet, pronunciare; sed, quia appellatio est deserta, & perinde, atq; † si nunquã fuisset appellatum à prima instan- 14
tia ad secundam. Grammat. *decisio*. 13. *num*. 1. nullam habemus Iurisdictionem, atque sic sententia nostra foret nulla. Bald. *in l. eos. C. de appellat. num*. 7. Rot. *decis* 12. *de sentent. & re iudic. in antiquis. Clement. si appellationem. de appellat*. Alex. *consil* 64. *num*. 1. *vol*. 6.

Votum Correferentis, &c.

Præmissis præmittendis, cum in facto nostro non solum testentur Acta, sed nec St. vsquam cõtradicat quod intra debitum tempus appellationem persecutus fuerit: tamen quod addit, hoc durch Verursachung Commissariorum, qui multoties protestati de non labendis fatalibus, factum esse. Sed quemadmodum hæc allegatio desertionis vitium non excludit, ita protestatio dd. Commissariorum vel ipsiusmet St. si qua fuisset, tanquam contraria actui, non † releuat. Bart. *in l. non* 15
solum. §. morte. ff. de noui oper nuntiat. Deinde in confesso est, nõ quidem Abbatissam zu S. Marien / tanquam proximiorẽ, sed ipsum Ducẽ vel eius Comissarios quorum nulla tamẽ Iurisdictio fuit, aditos fuisse. Quod autem alii incompetentes fuerint, puto constare satis tam ex documento dictæ Abbatissæ, quã ex sententia priorum Iudicum, pro qua † præsumitur, quamdiu con- 16
trarium non probetur; addito ꝙ Fo. Appellans in euentum vlteriorem offerat probationem. Ad quæ omnia obmutescit St. dato non concesso quod fuerint competentes. Quare non vsus fuit beneficio legis, vel si fuit legitime impeditus, cur non protestatus, aut petiit restitutionem in integrum? † *iuxta cap. ex ratione. & ibi gloss.* 17
in verb. impotentia. de appellat. Sed nec aliqua neccessa-

tia vel euidens causa, cui de iure stare potuerit, allegata
18 est, tantum abest, quod fuerit † probata, vel in priori, vel
hac instantia. Abb. *in c. cum sit Romana. num. 1. 2. & 3. de appell.* Quæ omnia simul iuncta cum pro cõfesso constituunt, vt ipso Iure censeatur primæ sententiæ acquieuisse, iuxta Abb. *d. loc. num.* 1
19 Non † obstat, quod Fo. sich coram Commissariis eyngelassen. Nam id præuia protestatione factum est, petendo vbiq; causam remitti. Quæ protestatio, tanquam conformis actui, ipsi ius suum conseruauit. Vnde & nunc prodesse; & Appellato, tanquam contraria actui, nocere debet, Bart. *in d. §. morte. d. l. non solum.* Concludo cum domino Referente, causam remitti debere, postquam Iudex competens semel non aditus, & iudicii solemnitas non fuit obseruata. Et quamuis videatur super desertione tantum pronuntiandum, omissa nullitate, & meritis causæ principalis, iuxta Dn. Referen. quibus addo Rot. *dec.* 48. *de appell. in nouis fol.* 253. *circa fin. & idem de sententia & re iudicata, in antiq. decis.* 12. *n.* 10. *fol.* 450. *& decis.* 1. *num.* 5. *in nouis, & eod. tit. in nouis decis.* 57. *num.* 4. Blarer. *ad l. diffamari. fol.* 126. *c.* 10. per aliquot folia: tamen cum incidenter nullitas fuerit proposita, & appellatio per se totam causam ad superiorem, & sic etiam nullitatem, deuoluat, puto nos super eadem pronuntiare posse, maxime cum illa
20 nullitas cum appellatione sit † cumulata. Vant. *quot & quib. mod. n.* 34. *vsque ad* 39. Bart. *in l. si expressim. de appell. maxime vero num.* 7. 10. *&* 15. *l. si vt proponis. C. quomodo & quando Iud.* Bart. *in l. cum quolibet. de re iudic. num.* 2. 3. *&* 4. Gloss. approbata. *in l.* 1. *C. quando prouoc. non est nec. in verb. non obtin.* Vellem itaque talem ferre sententiam. Erkandt / daß durch Richter nächst vorgehender Instantz nichtiglichen vnd vbel geurtheilet / vberflüssig vnd wol dauon appelliert / remittendo ad primæ instantiæ Iudices, condemnando Appellatos in expensas. Specular. *de sentent. & re iudic. fol.* 169. *lib.* 2. *num.* 24. Non obstat, etiamsi videatur hoc modo propius ad merita causæ principalis accedere; quia hoc vtique nobis licere, & in idem recidere, arbitror, præsertim cum St. idipsum
hic

hic petat in Camera fieri, ad vitandos circuitus, vt loquitur in suis Responsionibus *ad repet. artic. 12. in fin.* Et sic habemus expressum eius consensum, Dd. *in l. vlt. de appellat.* & hac ratione melius succurremus partibus, & sic in effectu priorum Iudicum sententiam confirmabimus, quod de iure fieri potest. *l. eius. C. de appell. c. reprehensibiles. extra, eod.* Considero † etiam, quod nobis 21 iam de meritis causæ principalis constat, & quod St. malam foueat causam Nam Appellans instituit vtilem rei vindicationem, ea probata, & per aduersarium minime elisa, referendo me ad Acta. Concludo vt ante.

D. E. putat super desertione pronuntiandum & existimat esse magni momenti, atque ideo dubitat an confirmetur, cum expensis.

D. S. vellet pronuntiare vt D. Correferens.

D. W. putat non fuisse competentes Iudices, pronunciandum, causam esse desertam Nota, daß D. Wilhelm sein Begehren abzuschlagen/ & tantum super nullitate pronunciandum, &c.

Ego.

Multa sunt, quæ me in hac causa dubium faciunt, vt quid certo pronunciandum sit, mihi adhuc satis non constet. Primo enim in secunda Instantia ab interlocutoria est appellatum, qua se delegati Ducis Iuliacensis Iudices competentes † statuerunt. Etsi vero ex ordinatione 22 Cameræ *part. 2. tit. 29. §. 1 & 2*, tam ab interlocutoriis vim defintiuæ continentibus, quam ipsis definitiuis viua voce, sine scriptura, appellare liceat: tamen non puto hanc interlocutoriam vim definitiuæ habere, nec eiusmodi grauamen continere, quod reparari non possit, atque ideo ab ea appellari non potuisse. Rota *decis. 12. si à pronuntiatione, quæ est 86. n. 3.* Bart. *in l. Titia. num. 5. de accusat.* Blarer. *ad l. diffam. cap. 10. n. 9.* Ac tametsi sententia, qua quis se non competentem pronunciat, à quibusdam loco definitiuæ † habeatur. Blarer. *ad l. diffamari. c. 9. nu. 50.* per Iura ibi ab eo adducta; quamuis 23 secus statuat Aretin. *consil. 106.* tamen qua quis se competentem pronunciat, non censetur vim definitiuæ habere.

bere. Rota *d. decis.* 13. *de appellationib. in nouis. num.* 2. Quare non modo in scriptis; sed etiam iis insertis & expressis causis ab hac interlocutoria appellandum fuisset. *c. vt debito. extra, de appell. c. cord. eod. in 6. Clement. appellanti. & ibi gloss. in verb. alias. extra, eod. tit.* 1. Rota *decis.* 2. *si appelletur, de appell. quae alias est* 7. *in nouis. num.* 1. Maranta copiose *in 6. parte, de appell. num.* 141. & 142. *fol.* 583. *colum.* 1. & 2. Idem cautum est à Maximiliano Imp. *in Constitutione, de officio Notaris Colon. Anno* 12. *edita, circa finem,* & communi Imperii Ordinum consensu *in Ordin. part.* 2. *tit.* 40. §. 4. Vnde si appellatum fuit ab eiusmodi interlocutoriis tantum viua voce, tanquam nulliter factam appellationem pronuntiandum puto, iuxta Mynsing. *obser.* 32 *cent.* 3. Consequeretur ergo, d. sententiam secundam à Commissariis valere: idem enim est nulliter appellatum fuisse, ac si omnino appellatum
24 †non fuisset. *l. quoniã. & l. si contra maiorem. C. de appell. l. vlt.* §. *illud. cum subiuncta Authen. ei qui. C. de tempore appell. c. ex ratione. de appellat.*

Secundo confirmare non possum, d. Commissarios Ducis Iuliacensis Iudices non competentes in appellationis causa fuisse. Etsi enim à Iudicib. primae instantiae, quos competentes fuisse nulla est controuersia, cum Rei etiam se eorum cognitioni subiecerint, ad d. Abbatissam ab iis litigantibus, qui se eius vasallos esse fatentur, appellari debeat: tamẽ cum inter vasallum & extraneum possessorem, vel qui nõ sit vasallus, est cõtrouersia, non
25 dominus feudi, sed ordinarius Iudex †est, *c.* 1. *de controuers. inter vasall. & alium.* §. *si vasallus. de beneficiis si de feud. def.* & quidẽ ordinarius possessoris. Petrus de Bellapert. *in tract. de feud. tit.* 15. *nu.* 14. etiamsi is agat. Zasius *part.* 11. *num.* 9. Sonsb. *part.* 14. *num.* 40. Rationem adfert idem Petr. de Bellaper. d. n. quod Dominus Iudex esse non possit in re sua, litigatore extraneo recusante. *l.* 1. *C. ne quis in sua caus. c. nouit. extra, de iudic.* Cuiac. *lib.* 2. *c.* 15. *ad* §. *vlt. de inuest. in marit. fact.* ait, nulla iura, nulli mores patiuntur, vt quis rei suae sit Iudex vel arbiter, idcirco melius erit adire Iudicem ordinarium, vel in arbitrum

trum compromittere. Verisimile enim est, quod dominus feudi iudicaret potius eam rem suam, quā Actoris, iure proprii dominii vindicantis. *d.l.1.in fin.C.ne quis in sua caus.iud.& l.qui iurisd.ff.de iurisd.* Rationem addunt, quod merito vt suspectus possit recusari, quia sit dominus aduersarii. *c. causam quam. & c. insinuante. de offic. deleg.* Itaq; id multo magis statuendum est in ordinario rei possessoris. Curt. *part.7.n.8.* Itaque idem Petr. de Bellapert. *ibid. n.17.* suadet, consultius facturos Reos, si conuenti, simpliciter asserant se possidere, offerantq; se paratos etiam ordinario suo respondere: tum enim, quicunq; Actor sit, siue clericus siue laicus, debet Reum coram suo Iudice conuenire, iuxta Regulam: Actorem sequi forum † Rei, *l.vlt.C.vbi in rem actio. l.heres absens. de iudic. in pr. & §. vlt. Auth. vt clerici ap. prop.Episc.c.experientia 2.q.1 c.cum sit. ext.de for. compet.* 26 Imo vero Iac. de Ardiz. *in summa sua c.138 fol.192. a.* idem tradit; si ex vna parte sit successor vasalli, qui habeat causam à domino, sed tamē in feudū, iuxta §. *si autem inter. de leg. Corn.* vbi dicit: Si inter duas partes, i.e. competitores eiusdem feudi sit controuersia, siue asserant eundem inuestitorem, siue diuersos, non coram domino feudi, sed corā Iudice ordinario vel arbitro litem dirimi. Qui locus etiam allegatur *in c.1.in princ.an apud Iud.vel Cur.* quod tunc obtinere *ad d.§.* cōmuniter Interpretes, tam recentiores, quam veteres, vt & glo. *in §. praterea. vers duos, in princ.* & ibid. Aluarot. tradunt: si alioquin non constet eos esse vasallos. Si enim id constet, & de aliqua feudi parte contenderetur, domini cognitionē fore, secundum §. *penult* & ibid. Aluarot. *de probib. feud. alien per Frid.* Eodem modo etiam interpretatur Mat. de Garat. *n.1.* inter pares scil. qui dicunt se pares, sed tamen constat alius domini cognitionē fore, iuxta *d.§.pen.* Baro *ad d.§ in princ.* coram Iudice ordinario, vt Comite vel arbitro agitur, quod neuter litigatorum certus sit beneficiarius. Hanc interpretationem etiam sequitur Matth. de Affl. *ad d §.in pr.* vbi & verbū, Iudicis, non solummodo de ordinario, sed etiam dele-

 gato

gato accipit. Putat tamen idem. *n*.29. istum textum hodie esse correctum, quod si partes allegent eundem Inuestitorem, dominum fore Iudicem competentem, per *d*.§.*pen. de prohib. feud. aliena*. Cuiac. *lib*.1.*tit*.15. capita hac in re inter se dissidentia. §.1. *apud quem vel quos cōtrou* §.*vlt. de inuest. in mar. fact. ca*.1.*de contro. inter Episc. & vasall*. §.*si duo*, §.*si tres de pac. tenen. d*. §.*si autē. de leg. Corn. c*.1.*an apud Iud. vel Cur. d*.§.*pen. de prohib. feud. alien* ita cōciliat; Si inter duos vasallos sit controuersia de feudo, vtroq; contendente feudū ad se pertinere, domino eos vocante, iudicaturos pares; alter autem alterum inuitum ad pares trahere non potest; quia inuicē negant se esse vasallos, sed ad Iudicē ordinarium. Ex his concludo, in hac nostra specie, à iudicio Curiæ Durstenk ad ordinariū appellari potuisse. Neq; enim ex Actis constat, d. St, & consortes esse vasallos d. Abbatissæ. Quinimo tum eum, tum & causam ab eo habentes, id non iure feudi possedisse, ex multis argumentis colligi potest. Primo, quod in Instrumento, *n*.24. refert, Albertum von Sellbach cognomento Löw prædium hoc à Met. emptum, filiæ suæ, vxori, Wilhelm von W. vor frey/loß/ ledig vnd eygen in dotē dedisse, nulla omnino feudi mentione facta. Secundo, quod vxor & liberi Christiani V. Actoris, im Gegenbericht/ *nu*.25. fateantur, d. prædium in die 20. oder 30. Handt kommen/ i.e. vicies siue tricies alienatum fuisse. Atq; huiusmodi alienationes sine consensu dominæ Abbatissæ & Curiæ factas, ex Actis primæ instantiæ apparet, vbi refertur consuetudo, quæ in distractione & alienatione talium prædiorum obseruatur, quam, cum d. St. d. prædium à Met. emit, omnino non seruauit. Atqui hæc nullo modo fieri potuissent, cum perspicuū sit, nec beneficiarii, nec Emphyteutici prædii alienationem in extraneum sine con-
27 sensu domini directi valere: ne† quidem per libellarium aut Emphyteuticarium contractum. §. *aut si libellario. quib. mod. feud. amitt*. §. *hoc quoq;. de success. feud*. §. *vlt. quæ fuit prima caus. benef. amitt. c. vnic. quid iur. si post alienat. feud. c. vn. de vasall. qui cont. cōst. Lothar. c. Imperia-*

perialis.de proh. feud.alien.per Lothar.c.Imperialem.de prohib.feud.alien.per Fred. l. vlt. & ibi Dd. præsertim Iason.C.de iur.Emphyt. Tertio, quod d. Abbatissa in suo documento 23. Ian. An.56. dato, *n.*21. testetur, daß von vndencklichen Zeiten biß anhero durch verschiedene Parthenen/ i. e. à defuncti Christiani von Meth. suisq; parentibus der Hoff Br. zu Lehen empfangen/ vñ jährlichen verzinst worden/ vnd noch heutiges Tages wird. Itaq; cum perpetuo pensionem illam pro obsequiis præstiterint d. Actor, eiusq; parentes, consequitur, illos extraneos possessores d. prædiũ, non vt feudum detinuisse, nec vllum canonem d. Abbatissæ præstitisse. Perinde igitur est, atque si aperte se id non feudi nomine, sed proprietatis Iure possidere professi fuissent. Idem enim est, expresse dicere, atq; ex actis apparere, neq; † refert, 28
quo quis suam voluntatem declaret, verbisne, an rebus siue factis. Cynus *in l. de quibus num.6. de legib. & in l. more.nu.6 de iurisd* Eodem pertinet *l.6.certum, si cert. petat.* Quod autem Iuliacensis Dux, tum reorum, tum eius loci, in quo prædium situm est, sit ordinarius & superior dominus, etiam ex actis constat. Nam quod ad Reos attinet, ipsemet St. in appellationis formula inter suos superiores etiam recenset seinen gnädigen Herrn/ i.e. Ducem Iuliacensem. Ad locum vero quod spectat, Iudices primæ Instantiæ, vt & Abbatissa in d. suo documento fatentur, Curiam Duissen in dem Fürstenthumb Berg / im Ampt Bensbruck sitam. Vnde & in iisdem Actis refertur, Schultheis vnd Schöpffen (qui sunt officiales Ducis Iuliacensis) zu Bensbruck. Aduocatos à Curia zu Duisen in prima Instantia, durch Befelch jhres gnädigen Herrn vnd Landsfürsten/ vnd altem Gebrauch deß Hoffs Schöpffen niedergesetzt seyen/ vnd das Gericht samender Handt/ wie recht/ behegt haben. Vnde & sententia in d. prima Instantia, nomine deß Haupt Schöpffens zu Bensbrück pronunciata. Denique in iisdem Actis refertur, d. Iudices primæ Instantiæ decreuisse, daß Actor in immissione soll anruffen dominam feudi, vnnd der Lehenherr soll fort

Ansu-

Ansuchen die Landsfürsten als der GewaltsHerrn Gewalt zu stewren.

Quum igitur Dux Iuliacensis sit superior eius loci, infero in hac hypothesi, recte ad eum appellatum, & Iudices ab eo delegatos rite se competentes pronunciasse. Quod cum ita sit, sequitur, appellationem non pro deserta habendam. Nam quod per Iudices steterit, quo minus debito tempore appellationem fuerint prosecuti, ipsimet sententiis suis declarant, dum aliquoties fatalia eis lapsa non esse pronunciauerunt. At non modo impedimentum iustum, vt quod ex persona Iudicis
29 venit, excusat † impeditum, Dd. *in Authent. item si appellatione. C. de tempor. appell. & in d. c. extr. de appell.* Mynsing. *obs. 59. cent. 3.* Rota *decis. 14. licet appellatio num. 2. ad fin. in nouis addit.* Sed & causa deserta, reponit Appellantem, *decis. 9. si auditor*, quæ alias est 74. *& d. decis. 12. de appell. alias 86. in nouis.* Itaq; hinc respectu N. pronunciandum esset, bene iudicatum, male appellatum. Sed cum hic etiam, quo ad causam principalem, sit conclusum, & Appellatus St. in responsionibus suis, *num. 12. ad fin.* alternatiue petat pronunciari à Commissariis secundæ instantiæ bene iudicatum, & ad eosdem causam remittendam esse; vel in causa principali, ad ambages resecandas, & circuitus vitandos, pronunciari: & merita causæ coram hoc tribunali satis superq; sint deducta, *in libell. appell. num. 9. in resp. num. 12. in except. num. 13. in* Probationschrifften: *n. 21.* volo in causa principali pronunciare. Nam & iuris est & styli Cameræ, Appellato
30 consentiente & petente, vt † Iudex appellationis de causa principali cognoscat; eum, omisso articulo grauaminis, posse pronuntiare in causa principali, etiam inuito Appellante. Host. Panorm. Franc *in c. vt debitus. & in c. interposita. §. idem quoq; de appell.* Idem Franc. & ante eum Ioan. Andr. *in c. 1 §. post ead. in 6.* Blarer. *c. 10. num. 105.* Cum enim in Appellati gratiam prius super articulo appellationis cognoscatur, ei fauori pro se introducto renunciare potest, *l. penult. & ibi Dd. C. de pactis.* Sed etsi, vt Domini putant, deserta esset appellatio, nihilomi-

hilominus tamen Iudex adhuc primam ſententiam, quæ tranſiuit † in rem iudicatam, confirmare poteſt, ſi velit, Bald. *in l. eos. C. qui pro ſua iuriſdict. iud. dar. n. 11. in fin.* Toloſ. *quæſt.* 244. Nam cum per deſertionē tranſierit in rem iudicatam, per ius eſt confirmata, *c. perſonas, c. cum ſit, c. reprehenſibiles. de appellat. Dd. in d. c. ex ratione.* Rota *deciſ.* 14. *licet de appell. nu.* 1. *quæ alias eſt* 98. *in nouis.* Et nominatim in additione poſteriori adiungitur, d. deciſionem loqui, quādo appellatio eſt deſerta, propter non proſecutionem appellationis intra annum fatalem. Sed etſi ſtatuamus, ſecundam ſententiam à Commiſſariis latam, propter defectum Iuriſdictionis, eſſe nullam; tamen appellatio à ſententia nulla non modo appellationis, ſed & negotii principalis cauſam ad ſuperiorem † deuoluit, ita vt is recte in cauſa principali cognoſcere & pronunciare poſſit, Blarer. multis, *d. c.* 10. *n.* 98. *&* 102. Quare qua poſſum breuitate ea tractabo, quæ ad cauſam principalem pertinent. 31 32

Qua Actione ſit actum, &c.

Siue prædium controuerſum feudale, ſiue Emphyteuticū, ſiue mixtum ſit, ſtatuo actum eſſe vtili in rem actione. Nam vt Petr. de Bellapert. *tit.* 14. *nu.* 5. tradit, cum vaſallus agit contra extraneum poſſeſſorem, intendit vtilem actionem in rem: ſiquidem per conceſſionem in feudum & inueſtituram efficitur dominus vtiliter, & ideo vtili actione vindicat. *c.* 1. *de vaſall. qui cont. conſtit. Lothar. c.* 1. *in pr. de controu. int. vaſall.* Sic & Emphyteuta ob prædium † Emphyteuticum. *l.* 1. §. *vlt. ſi ager vectig.* & ſuperficiarius propter ſuperficiem, *l. ſuperficiario. de rei vindic. l.* 1. §. *quod ait Prætor, de ſuperficieb.* 33

An probata?

Quo ad vtile dominium, quod requiritur ex parte Actoris, *l. in rem, de rei vindic. l.* 1. *&* 2. *C. eod.* in eo ipſo acquiſiuit, quod patri ſuo id prædium iure feudi habenti & poſſidenti heres ſuus & neceſſarius extitit. *l. cum heredes, de acquir. poſſeſſ. l. in ſuis. ff. de lib. & poſth.* Dominium enim Iuris eſt, itaq; vt † in vniuerſum ius defuncti 34

heres

heres succedit. *l. nihil aliud. de verb. sign l. heres. de reg. iur. l. 3. de bon. possess. l. cum heres. de diuers. & temp. pra-*
36 *script.* sic & in dominium. Aliud est † de possessione, quia facti est. Vnde nisi animo & corpore apprehenderit, non intelligitur acquisiuisse. *l. 3. in pr. d. l. cum heredes. de acquir. possess. l. 1. §. Scæuola. ff. si is qui testam. lib. esse iuss.* Plærique tamen Interpretum, inter quos & Zasius, *ad d. l. heredes.* existimant, etiam possessionem feudi à parentibus defuncti in suos heredes transferri. Sed quæstio illa huius loci non est. Huc etiam accedit, quod d. Abbatissa in suo documento testatur, actorem Christianum V. eiusq; parentes, ab eo tempore, cuius initium hominum memoriam excessit, ad hunc vsque diem d. prædium in feudum à se accepisse, & pro eo Canonem debitum præstitisse.

37 Quo ad detentionem, quæ ex parte rei † requiritur, satis constat, Reos id feudum detinere. Concludo igitur, actionem probatam.

An elisa?

Non. Actor vult elidere ex titulo emptionis, sed non iuste.

VOTVM OCTAVVM

De feudi alienati reuocatione à Domino instituta: Et Iure Ausdregarum in causis feudalibus, Ex Autographo de Anno 1557. In causa Gottschalck von Z. Contra H. F. H. zu S. L.

SVMMARIA.

1 *Mandatum Procuratoris alieno sigillo signatum an valeat?*

2 *Mandatum an vitietur ob omissam clausulam litis contestationis, & num. 7.*

3 *Iuramentum remittitur consiliariis Iudicibus.*

4 *Heredum nomine qui in feudis comprehendantur.*

5 *Pro-*

5 *Procuratorem in præsentia constitutum, sufficere.*
6 *Signatio quando alieno sigillo fieri possit, & nu. 49.*
8 *Exceptio, Tibi non competit actio, impedit litis ingressum, & quando, num.* 11.
9 *Cum verba sunt apta, ex quibus de mente constet, non est curanda solemnitas verborum.*
11 Außträg *non habēt locum, cum dominus cum subdito agit.*
12 *Actio reuocatoria in rem scripta in feudis locum habet, si alienatum sit feudum sine consensu domini.*
13 Landsfürsten *habent intentionem fundatam, ratione bonorum.*
14 *Feudi alienatio non valet sine consensu domini.*
15 *Gratia importat remissionem iuris.*
16 *De antiqua conditione ad præsentem præsumitur, etiam in feudalibus.*
17 *Alienatio, si vtilis ecclesiæ, quatenus valeat?*
18 *In feudo retrahendo quando precium offerendum.*
19 *Reseruata regulantur iuxta naturā reseruatorum.*
20 *Iuri Protimiseos si renunciatum, de eius natura non inquirendum.*
21 *Dominus feudi quando videatur renunciasse iuri suo.*
22 *Res libera non feudalis in dubio præsumitur.*
23 *Consensus interpositus ad vnum actum, vlterius non operatur.*
24 *De clausula, saluo manente, &c.*
25 *Consensus solus non præiudicat futuro iuri.*
26 *Consentiens alienationi an ad retractum admittatur.*
27 *Per verba* Höchstgericht / *ius vasallagij exemptum videri.*
28 *Patronatus ius nemo remittere censetur.*
29 *Nominatio rei quatenus præiudicet.*
30 *Ausdregarum forma non seruata non valet actus, etiam cum consensu. nu.* 31.
32 *Omissum in dispositione non introducendum.*

33 Dele-

33 *Delegare nemo potest, quod non habet.*
34 *Nobilium in Saxonia nō alia conditio quam* Landsässen.
35 *Nullitates in Consistorio Principis non attenduntur.*
36 *Ex æquitate quando Iudex supplere quid possit?*
37 *Conclusio libelli non debet esse contraria.*
38 *Actio ex pacto de retrouendendo: an ex iure retractus? nu. 39. & nu. 51. An rei vindicatio? nu. 50. An ex constitutione Friderici? num. 40. & quæ eius requisita? num. 41. 42. & an competat? num. 48.*
43 *Consensus ad alienationem datus, non alterat naturam feudi, num. 45.*
44 *Cœnobium an feudum habere possit?*
46 *Consensum non interuenisse probari non potest.*
47 *Casus omissus ad ius commune reducitur.*

Bräunlin pro Appellante dedit mandatum in concepto sufficiens, sed alieno, & non constituentis † sigillo confirmatum. Quia vero id nihil probat, nisi constet de eius voluntate, cuius nomine appositum est. Innoc. *c. 1. de fide instrum.* Bald. *l. distrahente. C de reb. alien. non alienan.* igitur iniungere volo aliam legitimationem.

Item D. Dick pro Appellato dedit copiam † gemeines Gewalts / vbi deficiebat clausula litis contestationis. Item non fuit collationata copia, nec subscripta, iuxta ordinationem. Ergo alia legitimatione opus.

Acta prioris instantiæ habita coram nouem Consiliariis Ducis de L. Ianuarii die vltima, Anno 1550. comparuit Dux personaliter in Curia zu L. & in causa inter
1 se & Z. vtagi possit, remisit † Consiliariis iuramentum, & constituit Procuratores, subleuans eos de rato, & promittens de rato.

Actores protestantur de fauore suo, iuxta ius commune Saxonicum, præcipue, se non velle grauari superflua probatione. Hinc datur libellus Ducis, vbi dicebatur, Anno, &c. 1445. in die trium Regum, Wolradum & Wet-

& Wetkinden von Z. fratres, vendidisse Abbatissæ & Monasterio zu Marien Walde / in Ducatu Saxoniæ diœcesis R. cuius patronus sit Dux Actor, pagos D. E. & N. cum H. cum omnibus pertinentiis, nichts vorbehalten / idque cum consensu Ducis Bernhardi, als Landsfürsten vnd Lehenherrns bonorum prædictorum. Similiter consensu Agnatorum de Z. Illudque Ducem in fauorem Monasterii concessisse; sed reseruasse sibi, mortuis omnibus de Z. den Widerkauff. Dessen alles vngeachtet / Reum ab Abbatissa, & conuentu, verruckter Zeit so viel erhalten / daß jhme obberürte Dörffer cum omnibus pertinentiis, für eine namhaffte summa Geldts / auffgerichter Verschreibung zuwieder / wiederumb zu kauffen verstattet / vnnd also an sich gebracht / vnd im besitz habe / opposuisse se Ducem dieser Handlung / als Patron vnd Landsfürsten deß Klosters / habe an das Kloster vnd Reum begert / dauon abzustehen / aber frustra. Sperat pronunciari, dieweil die Z. jhnen kein Beding / oder Eygenthumb vorbehalten / sondern gäntzlich abgetretten / die Lehen verlassen / vnd Domino auffgeschoben / wie im Kauffbrieff zu sehen / quod Reus teneatur ad refusionem deß außgelegten Kauffgeldts / à bonis abzutretten / vnd dieselben Actori einzuräumen / vnd ferner nicht zu handlen. Respondet Reus, ob jhme wol Princeps vorbehalten / in bonis litigiosis Ius venditoris, so erfinde sich doch / in eodem instrumento, daß jhnen die Z. vorbehalten / daß Princeps ad prædicta bona nicht ehr kommē solte / dann post Abgang der Z. vnd heredum eorum; sed quia adhuc Z. superstites, Principem ad bona venire non posse, sicut ex instrumento colligi potest; & quia superstitibus der Z. Actor ad bona venire non potest, obstare ei exceptionem, Tibi non competit Actio. Ergo pronunciandum, &c. Post Replicas & Triplicas conclusum, & lata sententia pro Duce, scilicet die Z. seyn schuldig / den Kauffschilling anzunemmen / vñ von den Gütern abzustehen. A qua sententia Reus statim appellauit ad Cameram Imperialem.

Secunda Instantia in Camera.

Anno 1550. 20. Iunii Breunlin dedit instrumentum appellationis, de dato 4. Februarii. Anno 1550. in replicatione Ducis, hæc verba: Nach Absterben der Z. & heredum eorum, in instrumento primæ venditionis, nõ in infinitum extendenda, ad omnes ex familia, vt interpretatur Appellans, sed tantum venditores, & horum heredes, & maxime, in feudis; vbi tantum descendentes
4 complectuntur nomine heredis, in † conditione positi; quia alias nunquam esset extitura conditio, cum nemo moritur sine herede. Aluarot. *c.1. §. sed clientulus. de alienat. feud. l. ex facto. §. fin. ff. ad Trebellian.*

Votum meum Correfer.

Ante omnia de Procuratorum legitimatione videndum. Et quoad instantiam primam, puto sufficere,
5 quod in præsentia partium constituti iudicialiter † Procuratores, & in hac instantia rata habent partes, quæ ibi acta sunt, &c. In hac vero secunda instantia mandatum Appellantis, non proprio eius sigillo, sed alieno
6 firmatum est; & dubium † quidem non est, alieno sigillo sigillationẽ fieri posse, *§. possunt autem. Inst. de testam. l. ad testium §. si ab ipso, vbi Gl. (de constitutione Procuratoris in specie)* & Bartol. *de testam. c. Nobilissimus. distinct.* 97. vbi Glossa, *in verb. signatis.* maxime in scriptura, si sigillans mentionem faciat, quod sigillo alieno vtatur. Specul. *in tit. de probat. §. videndum. vers. & non. n. 16.* Salicet. & Alexan *in l. si vnus. nu. 3. C. de testam.* Ioan. Faber. *in §. possunt. Inst. de testam.* Requirit etiam probationem aliam, vt constet, quod appositum sit voluntate eius, pro quo apponi narratur. Et nec probatione facta, ait vlterius probare, quã contra se ipsum, præcipue si quis proprium sigillum habeat, tum non tam facile alienorum signis fides adhibetur. Specul. *d. §. & videndum. vers. & non.* Innocem. *in c. significauit. de appellat.* & Imol. *in c. 1. nu. 2. de fide instrum.* requirit, si quis proprium habeat & alieno vtatur, debere eum causam apponere, quare alieno vtatur; itaque ratione huius vellem iniungere

aliam

aliam legitimationem. Ab Appellati legitimatione deest particula, de litis contestatione, cuius causa † impugnatum mandatum, & ad cauendum vom Gegentheil angehalten. Reifsteck in causa Newkirches Erben, contra eiusdem viduam, quam ego retuli, sed quia aliter obseruari video, laß ichs passieren, & maxime in appellatione, & in mandato generali videtur sustineri posse. iuxta notat. *in c. quid agendum. de procur. in 6.* In causa quinque considero. Processum, Actionem, Probationem, Exceptiones, Sententiam. In processu videtur desiderari, quod pronunciari non debuerit definitiue in prima instantia, quasi lite non contestata, propter Exceptionē principaliter oppositam, Tibi † non competit actio, quæ litis ingressum impedit. Bart. *in l. si vnus. §. cū omnia. in fin. ff. de pact. & in l. mater decedens. n. 2. ff. de inoffic. testam.* Facit Felin. *in c. exceptionē. n. 39. de except.* Nec obstat, quia verbis ad id aptis vsus est, vt lis contestata videatur; cū id non attendatur, nisi appareat, animum fuisse partib. litem contestandi. Inocen. *n. c. vnico de litis contest.* Glos. & Bart. *in l. vnica. C. de lit. contest.* Bart. *in l. si domus. § in pecunia. de leg. 1.* Sed nihil facere existimo; cū enim vsus sit verborum aptitudine, ist † der Klage nit geständig, expresse videtur de mente cōstare; itaq; censendum, neminem dicere ꝙ non sentit. *l. Labeo. ff. de supell. legat.* maxime cum expresse non contradicatur. *l. non aliter. ff. de legat. 3.* & alioqui etiam, si additum nihil sit, possit vel ea ipsa forma pro litis contestatione haberi, ꝙ ius agendi non competat, Innoc. *d. c. vn. de litis contest.* Specul. *eod. tit. vers. sed nunquid.* Deniq; talis exceptio litis ingressum nō impedit, si † latiori sit opus indagine, vt hic. iuxt. not. Bart. *in l. pupilli. §. videamus. de neg. gest. & l. nam & postea. in princ. n. 2. vbi Apostilla cum concordantiis. ff. de iureiur.* Nam quod actum narratur coram 9. Consiliariis Principis in prima instantia, iuxta ordination. cum † tamen, agente Principe contra subditum, locum non habeant isti Außträg, potest etiam consensu partium, quæ iurisdictionem acceptarunt, sustineri. *iuxta l. si conuenerit. ff. de iurisd. om. iud.*

7 8 9 10 11

 II. Actum

12 III. Actum esse puto † actione reuocatoria, quæ pos-
se appellari, quasi Fauiana, argum. traditorum a Iasone
in §. item si quis. instit. de act. Et ea, cum in rem scripta sit,
vt contendit Iason. *in §. item. n.* 104. concordat intentioni
agentis huic, qui possessorem rei alienatæ conuenit & pe-
tit pronunciari contractum nullum & rem sibi restitui.
Actionem tamen in factum, iuxta not. *in d. l. item si quis,*
competere non contradico.

De probatione. Ius reuocatoriæ in petitione præten-
ditur. I. quod sine consensu Patroni deß Landsfürsten
& feudi domini, item non vrgente necessitate, nec secun-
dum iuris formam bona litigiosa iniuste alienata sint. II.
Ius prælationis in reemendo; idque rursus ex duplici
capite. Primo, quod ex prima venditione id Actori re-
seruatum sit. Secundo, quod id sibi competat, vt Principi
territorii, domino feudi, & iam habenti in bonis alie-
nantis iurisdictionem, & alia iura reseruata. Quoad pri-
mum, ex actis appare, indubitate cõfessum a Reo, Acto-
13 re Principem esse Landsfürsten/ & † patronũ Monaste-
rii alienantis, & bonorum, de quibus lis est; sicut & in re-
uersali fatentur præsides Monasterii; quod in Ducatu
Actoris gelegen/ *argu. notat.* per Dom. Rochum de Cur-
te *in tract. suo de iure patronat. verf. Ecclesiam fundauit.*
n. 14. Sed etiamsi prospicere possit, in emolumentum, &
quod nullibi inuenio, sine consensu eius alienatione nõ
fieri, tamen regulariter traditum, quod magnam vtilita-
tem impedire non possit. *c.* 1. *de his, quæ fiunt a maior. part.*
capit. vbi notat Panor. & post eum Felin. *n.* 20. *in c. cum*
accessissent. de constit. Dominum feudi & Principem sub-
ditorũ dominia, ex eo, quod Princeps tantum est, con-
stringere, vt alienari non possint, noui iuris est; in bonis
prædictum appellatum esse, vel saltem fuisse ante vendi-
tionẽ primam patronum seu feudi Dominum Appella-
tus fatetur in Replicis & nullibi negat. Atqui dubium
non est, alienationem bonorum feudalium sine consen-
14 su domini † non valere. *cap.* 1. *de probib. feud. alienat.*
per Frideric. §. *rursus. quibus modis feud. amittat.* Videtur
ergo ex eo capite, quod appellatus est dominus feudi &
hui-

litigiosorum bonorum, eius consensum requisitum
fuisse, & quia habitus non est, reuocare eum alienatio-
nem posse; itaque hac ratione fundatam habere suam
intentionem; idque confirmat, quod olim in prima ven-
ditione eius cōditionis bona fuisse appareat, vt consen-
su maiorum Actoris opus esset, iuxta instrumentum
primæ venditionis, & epistolam venditorum; & Rei in
exceptionibus primæ instantiæ fatentur Außträg ge-
schehen. Et ex gratia consensum in fauorem vasallorum
præstitum, geminato Rei fatentur in Duplicis primæ in-
stantiæ. Et † cum gratia remissionē iuris importet. ar- 15
gum *l. 3. cum summa & rubric.* & Baldus *ibi C. depositi*,
etiam nunc consensum necessarium fuisse, videtur fate-
ri Appellans, quia de eo requisiuit Dominum, iuxta Re-
plicam secundæ instantiæ. Cæterū † de antiqua condi- 16
tione ad præsens etiā in feudalibus præsumitur, vt quia
olim feuda fuerint, etiam nunc esse censeantur. And. Al-
ciat. *in tract. præsumpt. reg. 2. præs. 3.* & eodem iure perue-
nisse ad successorem, sicut & alioqui res transit regulari-
ter cum suo onere. Quod ad id attinet, sine solemnitate
iuris alienationē factam, id extra propositum hoc casu
allegari existimo, cum id non videatur impugnari de-
bere ab Actore hoc, nisi alias eius interesset. Deinde id
negatur, & contrarium docere offertur. Item vtilis
monasterio allegatur fuisse alienatio, at † tali casu valida 17
esse censetur. Panorm. & Dd. *in c. 1. de his quæ fiūt à maior.
pa. t. capituli.* Glos. *c. 1. ne sed. vacant. aliq. innou.* Alex. *in l.
cum alter ex. Cod. de fideiussor. & mandat.* Ius prælationis
vel protimiseos, vt Principi, aut patrono competere
Actori, nullo item iure probatum est: Sed de feudi iure
rursus dubiū non habet, maxime, si, fraude nō facta pre- 18
tium † quod datum est, ab eo, offeratur emptori. Tira-
quellus multa allegat *in tract. retractus.* & notant Dd. *in
§. Titius filios. si de feud. defunct. fuer. controu.* Zasius *in
tract. de feud. de feudi alien. vers. septimo principaliter fal-
lit.* textus *in §. vnde Imperator. de prohib. feud. alienat.* At-
qui disceptationem fraudis Actor hic, offerendo preciū,
adimit. Ex conuentione non videtur mihi ius retractus

ex oblato instrumento Actorem adhuc quidem firmare posse, cum conditionem ea exprimat, quæ nondum ex-
19 istit; debent † enim reseruata regulari iuxta regulam reseruationis Albert. Brun. *in tra de augmento. conclus. princ. n. 28 & iuxta vulgatam regulam limitatorum.*

IV. De exceptionibus. Primum excipitur contra ius prælationis, ex instrumento primæ venditionis; quod, quia euentus dictus in reseruatione Principi facta nondum liquidatus sit, locum ea non habeat, & id clarum est *iuxta iam dicta.*

Secundo, imo in instrumento, ex conditione apposita, euentum mortis omnium der von Z. ipsis interim de familia præstari ius prælationis, quasi tacite ille casus insit; sed id contra literam Instrumenti est, quod cuiuis etiam extraneo, liberam dat alienandi facultatẽ, adstipulatione priorum venditorũ. Et in grauaminibus secundæ instantiæ ipsemet Appellans ab eo recedit.

Tertio, excipit, sibi potius ius prælationis deberi, tanquam successori in familia, quæ olim primam alienationẽ fecit; sed vt alia omittam, quæ disputari hic po-
20 terant de consuetudine iuris protimiseos; an, & † quando, & quibus in bonis locum habeat; ipsi expresse renunciatum est in dicto Instrumento venditionis, à primis venditoribus, cum consensu agnatorum, qui id sigillarunt. Ergo attendi non debet.

Quarta exceptio de alienatione legitime facta, & in vtilitatem Ecclesiæ, eam puto esse releuantem, *iuxta infra dicta*, nisi alia obstarent.

Quinta est, contra Ius feudi, de consensu, quod eius requisitione opus non fuerit; cum iuri isti videantur renunciasse maiores, per generalem in Instrumento facultatem datam de alienando Monasterio, a quo nunc alienatio facta est; & quod Instrumento illi adsenserint maiores Appellati, cum omnibus suis articulis; itaque in futurum etiam (cum alioqui illa facultas frustratoria futura sit, iuxta † vulgata) videatur iuri suo renunciatum à feudi Dominis, plene & in totum. Cinus & Baldus *in l. dotalem. ff. sol. matrimon.* Affict. *decis. Neapolit.*

112. *in.*

112. *inter dominam. ad finem.* Tiraquel. *de retract.* §. 1. *glos.* 8. *nu.* 130. Idque, quia firmum; quod & alia iura feudi remissa sunt, iuxta confessionē Appellati, de seruitiis; vnde Appellans pro allodio haberi posse ait, & præcipue faciunt reuersales literæ ab ipso Appellato productæ; vbi ait, nihil esse reseruatum iuris ab ipsis maioribus Appellati, alienationi consentientibus, quam das höchste Recht/ & quædā alia, quæ feudi ius non inducunt. Sed alioqui ex actis dubium facit, & imo contrarium fere euincit, bona litigiosa feudalia non esse, sed propria & libera. Primo ex Instrumento venditionis, vbi proprietas illorum bonorum cessa dicitur à venditoribus ementi Monasterio, & in id consenserunt maiores Appellati; & ipse, repetendo ea verba in Replicis primæ instantiæ videtur confessione sua id corroborare. II. Ex subscriptione eius Instrumenti venditionis, vbi suum feudum vocant, itaque, cum etiam alioqui in dubio res præsumatur libera & propria, non feudalis. † Alciat. *d.* 22
tract. de præsumpt. reg. 2. *præsumpt.* 3. & maxime in terminis nostris, vbi liberatus Reus actore contrarium non probante, absoluendus erat; sed & istam exceptionem non puto quoque facere. Primo, quia consensus ille, vt recte replicatum ab Appellato est, ad vnum actum † fa- 23
ctus, ad plures trahi non potest, *iuxta vulgata.* Et de vlteriori alienandi facultate, in instrumento, non Princeps consentiens, sed venditores, quod ad se attinet, iuxta verba contextus, disponunt; itaque præiudicare ei vel heredibus non debent, vt taceam de consensu, aut confirmatione præfati Principis maioris Appellati, non satis apparere, nisi quod partes, quæ contraxerunt, ita testantur. Atque notum est, leuius esse eiusmodi in re propria testimoniū; quare potius est, vt decisio generalis hic obtineat, domino, cōsentienti vasallo alienanti, saluum † manere ius directi dominii & vasallagii, et- 24
iamsi clausula apposita nō sit; *saluo*, & c. iuxta notata pulchre per Iacobin. de S. Georgio, ex auctoritate multorū id confirmantium, *in tract. suo feudali.* §. *cum pacto, de non alienando. vers. sed dubitatur. n* 29. Idq; confirmatur alia

pulchra doctrina, quod per solum consensum, sine pacto, aut renunciatione, quis non præiudicet iuri futuro,
25 quod † etiam sibi competit ex causa præsente, *l.1.§. quod ait. vbi* Bart. *ff. quor legator.* videtur textus expressus in
26 *c. constitutus. de in integr. restit.* vbi † consentiens alienationi factæ à patre tamen admittitur ad retractum. Ita refert sequi, & per plura alia confirmat Tiraquell. *de retract.§.1.sup.verb.l'ghier. Glos.8 n.132.* Itaque ex Reuerso non debet præiudicari, qui non continet expressam renunciationem, & tantum narrata vendentis con-
27 tinet in suum fauorem. Deinde † videtur per verba, höchste Gericht/ directi dominii, & ius vasallagii expresse exemptū; & confirmat; quod ius directū, vt per præ-
28 dicta, sicut nec ius patronatus, nemo remittere † præsumatur, Baldus *in Auth. sed hodie. C. de iure aureor. annulor.* Nec obstat vocari vnser Guth/ Engenthumb. Quia vl-
29 tra quod ita † partes de se pro parte nominarunt, etiam id de domino vasalli intelligi potest, quem aliquod dominium habere communiter traditur à Glos. & Dd. *in tit. de inuestitur. in re alien. faciend. in princ.* De præsumptione Allodii & feudi ex antiquo iure infra responsum est, & ex Aluarotto prædicto loco satisfactum. Itaque pronunciarem, bene iudicatum, male appellatum, in expensis condemnando Appellantem.

D. S. Referentis votum 6. Iulii.

1 Circa formalia fein Mangel/ nisi circa iurisdictionem priorum Iudicum. Et ad discutiendum illud præmittit in facto, die 9. niedergesetzte Rath/ non iuxta ordinationē iurasse & iudicasse. Secundo præmittit; quod aut Reus est immediate imperio subiectus, aut Principi Actori. Vtroque casu non est obseruata forma ordinationis; & maxime, si imperio immediate est subiectus,
30 tunc † certa est forma; ea non est seruata, ergo non bene actum. *l. cum his. §. fin. de trāsact. l.1. in princ. de verb. oblig.* Et forma non seruata, quasi nihil actum videtur. *Auth.*
31 *quæ res, C. de SS. eccl.* Nec obstat consensus; quia is † est priuatus, *l. priuatorum, l. more maiorum. de iurisdict. om. iudic.*

iudic. Si vero Principi est subiectus, de eo casu non est forma in ordinatione; ergo omissum non introducendum. Sed si † posset intelligi, quod iuxta ius commune, 32
cui ordinatio non resistit; processum sit, tunc tamē nec videtur ita procedi potuisse; quia primum nemo iudicare possit in propria causa; ergo nec delegare; quia † quod 33
quis non habet, id nec delegare potest. *l.1. §.qui mandatum.ff.cum mand. iurisdict.* Nec etiamsi partes consentiant. *l.vnic. C.qui pro sua iurisdictione Iudices dare dariue possint.* Panorm. *c.cum venissent.n 20.de Iudiciis.* Putat ergo posse pronunciari super nullitate, quod Iudices processerint sine iurisdictione; & ita consequenter Appellatum esse condemnandum in expensas. Et isto casu non iniungit vlteriorem legitimationem.

D. Ch. Verum iuxta ius, vt retulit Dominus Referens, sed de consuetudine aliter obseruari inter Principes, præcipue in Saxonia, vbi non est alia conditio Nobilium, quam † quæ sit der Landsässen / & non censentur immediate subiecti imperio. Deinde nullitates non 34
attendi, in hoc præsertim summo consistorio Principis. Et † etiamsi pronunciaretur super nullitate; tamen ad- 35
huc hic causam tractandam. Quia ergo nunc plene deducta, de æquitate ist den Parthenen zu helffen. Et † ita 36
semper obseruatum in Camera, vt tales nullitates non attenderentur.

D.S.D.C. & D.H similiter, casum fore disputabilem, & nostra iurisdictio omnino & immediate deberet fundari, & si ita opporteret, würde es disputirlich fallen. Sed vt Referens agnoscit, etsi super nullitate pronunciaretur, tamen causa huc pertineret. Et ita semper obseruatum. Deinde contra consuetudinem Germaniæ esse, ita procedere inter Principes & subditos.

D. St. similiter sentit.

Referens, vlterius videndum de quatuor. Primo, de Actione. II. An probata? III. an elisa? IV. De sententia.

Plures actiones elici posse. I. Videri actum ex *l.iubemus.cum seqq.C.de SS.eccl. c.sine exceptione 12.q.2.c.1.de reb.eccles.non alienand.in 6.* Allegat enim Actor citra ne-

cessitatem, fundos controuersos à Cœnobio venditos, & quidem contra iuris formam. Sed Episcopis & Rectorib. Ecclesiarum tali casu pro Ecclesia actionem dari. *c. dudum. vbi Geminianus. n.* 18. *de reb. eccles. non alienand.*
37 *in* 6. Quia † autem conclusio libelli huic actioni non respondet, sed est contraria; quia sibi petit reddi; eam actionem non tribuit.
38 II. Ex pacto † de retrouendendo actum videtur; bene conuenit libello, sed eliditur ob instrumentum venditionis, quod tribuit post mortem Z. primum ius reemendi Principi actori. Ergo vt non vtilis acceptatur.
39 III. Ex iure † retractus non potest agere, vt Patronus vel Princeps; quia non inuenitur de Iure competere.
40 IV. Actum ex constitutione † Frederi. *c.* 1. *de prohibit. feud. alien.* quia sine consensu Domini feudum alienatum, & eam actionē maxime competere iurisdictioni competenti Consiliariorum, eamque videri omnium vtilissimam.

Secundo præmittit. I. Agenti domino contra empto-
41 rem probandum, bona alienata † esse feudalia. Isern. *c.* 1. *de controu. inter dominum. & empt. feud.* II. Citra con-
42 sensum domini alienationem † factam. *c. imperialis. de prohib. alienat. feud. per Lothar.* Feudum esse probatur ex literis priorum venditorum, & Rei confessione. Ergo si tempore primæ alienationis fuerunt feuda, non
43 exuerunt naturam † ob consensum ad alienationem datū. Zas. *in tract. suo tit. de feud. à rec. na. declinan. §. tertia conclusio.* Nec ideo magis Feudū, quia in cœnobium
44 alienatum, quod † seruire & militare non potest. Aluarot. *de prohibit. feud. alienat. per Frederic. vers.* 16. *num.* 9. Etiamsi seruitia non præstentur, quia omnia remissa, iuxta Reuersum; & sic Francum feudum dici possit. Ta-
45 men † quoad cætera feudi naturam retinet. Zas. *supra dicto tit. vers.* 13. Curt. iun. 4. *parte tract. vers.* 26. *quæro an feudum Francum.* Sed probato, quod feudum sit; Dominus intentionem probatam habet, nisi probetur consensus interuenisse, quia non interuenisse, probari,
46 vt † negatiua, non potest; sed contradicitur satis clare,
non

non interuenisse. Tertio excipi nihil releuanter; quia consensui renũciatum in literis; sed replicationes Actoris euincere id, quod scil. citra venditorũ Eynrede possit libere alienari; sed non adiungi, id citra domini requisitionem, & iuris solemnitatem fieri posse. Ergo merito casus reducitur ad dispositionem Iuris † communis. *l. commodissime. de liber. & posthum.* & sic etiam exceptionem. Et licet Dominus hic non auocet possessionẽ, nullo pretio † reddito. *iuxt d.c.* 1. tamen ideo actionem ex constitutione ea non putat vitiari; cum id sit introductum in fauorem Dominorum, cui possunt renunciare. Et hac parte, & in illa, vt teneatur Actor meliorationes persoluere, quia Actor laudauit sententiam; & sic ex parte sua transiuit in rem iudicatam. 47 48

IV. Pronunciat bene iudicatum, male appellatum, condemnando Appellantem in expensas. Vult legitimationem isto casu vlteriorem à parte Appellantis coniungere pro securitate maiori.

D. C. Nicolaus Boer. *decis.* 240. *n.* 2. concludit, quod 49
† sufficiat quem indistincte vti alieno sigillo, & dicit eam esse veriorem sententiam. allegat *c.* 2. *vbi text. de offic. ordin.* Quare vellet, maxime quia præiudicia multa extant, quod Camera hactenus non attendit dergleichen Mängel; quia conclusum in causa, etiam ipse passieren lassen. Actum putat, vt supra ex *c. Imperialis. de prohib feud alienat. per Lothar.* etiamsi † possit videri 50
actum rei vindicatione, iuxta Pet. Iacob. *in sua practica, in libello de actione ex constitut. c. Imperialis.* Putat actionem probatam, propter confessionem Appellantis, qui declarat dubium, maxime in secunda Instantia, de verbis vberweisen vnd Eygenthumb / quare pronunciat nobiscum, vt supra.

D. S. Legitimationem vlteriorem pro securiori via iniungere vult nobiscum, nisi extent præiudicia. In Principali sentit nobiscum.

D. E. Posse legitimationem sufficere; Libellũ esse satis generalem durchauß / könne nicht wol ad vnam causam gezogen werden / quia multæ causæ allegatæ; magis

sibi

sibi videri actum esse non ex *c. Imperialis.* sed † ex *§. porro. tit. qualiter olim feud. alien. pot.* vel ex communi consuetudine iuris retractus; quia medium concludendi, *d. c. Imperialis*, debet esse, quod ipso iure nulla sit. Quia vero hic offertur pretium, id non esse, iuxta medium concludendi, conueniens. Sed illo casu iam dubium offerri; quod nō videatur illa actio potuisse competere super bonis Ecclesiasticis; & ea potuisse sine forma iuris alienari; sed ipso iure nullam esse alienationem. Itaq; sibi videri, nec iuri retractus locum esse, cum venditio nulla sit. Et ideo nec vlli partium posse adiudicationem fieri; se ergo velle potius iniungere probationem solemnitatis requisitæ in alienatione rerum Ecclesiæ. D.G. D.C. & D.H. similiter nobiscum.

VOTVM NONVM

De Feudi alienati reuocatione ab agnatis instituta, & de præscriptione feudi. Ex Autographo de Anno 1579. In causa Georg Z. zu St. contra Ioannem Z. post Laurentzen & Petrum heredum fratrum zu R.

SVMMARIA.

1 *Quæ actio agnatis detur pro reuocatione feudi.*
2 *Quo casu feudum possit reuocari.*
3 *Feuda non transeunt ad proximiores, vt heredes.*
4 *In feudo nouo non est respectus collateralium.*
5 *Vt nec agnatorum.*
6 *Etiamsi mortis tempore possederint.*
7 *Quod idem est, licet & iuris sint possessores.*
8 *Feudum in præiudicium aliorum alienari nequit.*
9 *Feudum in præiudicium alienatum post mortem alienantis potest reuocari, etiam pretio non soluto.*
10 *Feudum alienatum modo prohibito, statim potest reuocari.*
11 *Collapso iure dantis, corruit ius accipientis.*
12 *Ad inuestituram in feudis semper recurrendum.*

13 *Eius*

13 *Eius tam verba, quam sensus accurate attendendus.*

14 *Localis consuetudo quatenus attendenda.*

15 *In dubio feudum præsumitur hereditarium. Contrarium. num. 17.*

16 *Renunciantes hereditati, Feudi incapaces sunt.*

17 *Intrinsecum magis spectatur, quam extrinsecum.*

18 *Nomen heredis ad sanguinem refertur.*

19 *Annale silentium præfert proximiori remotiorem.*

20 *Limitatur in extraneo.*

21 *Semel consentiens semper consentit.*

22 *Quod ampliatur.*

23 *Fatuus an recte refutet feudum; aut vi, dolove compulsus.*

24 *Hæc cessant in solemni inuestitura.*

25 *An contra viuentem possit præscribi.*

26 *Feudum ex pacto & prouidentia non potest præscribi contra agnatum.*

27 *Et præscriptum post mortem venditoris gratis potest reuocari.*

28 *Contra non valentem agere, non habet locum præscriptio.*

29 *Mere hereditarium feudum alienari nequit sine domini consensu.*

30 *Quid in feudo familia obtineat?*

31 *Iura parentum, vt & bona, cum filiis eadem sunt.*

32 *Interest parentum habere heredes.*

33 *Masculus in feudis quomodo accipiatur.*

34 *Quæ sint beneficia inuentarii.*

35 *Qui adit hereditatem sine Inuentario, rata habet facta defuncti.*

36 *Sub alienatione continetur refutatio.*

37 *Differentia inter feudum ex pacto & prouidentia, & hereditarium.*

38 *Ex formulis inuestituræ colligitur genus feudi.*

39 *Heres alienantis, quatenus contra alienationem admittatur.*

40 *Heres viuo patre potest reuocare alienationem.*

41 *Raro fit, vt filius non sit heres patris sui.*

Votum D. Referentis B.

PArtes disputant de litis contestatione. Sed negatio Rei habetur pro litis contestatione, in priori instantia. Vnde puto, nullitatibus non obstantibus, posse pronunciari super meritis causæ principalis, cum de iis nobis constat.

De actione. Puto † intentatam, ex c. feudorum conditionem §. hoc quoque. de succes. feud. & *cap.* 1. *de grad. successi.* Alber. *in l. item videndum.* §. *vlt. de petit. hered* & Aluarot. *in d.* §. *hoc quoque, in princ.* & Præpositus *ibidem in princ.* Ferrar. *in sua practic. in form. libelli, quo agitur ad reuocationem in verb nec superstitib. n.* 41. *iuxt. text. ibi.* & §. *Titius filios.* & *ibi Aluar.* & *o-*
1 *mnes. Si de feudo defuncti conten.* Nam † tali casu agnatos reuocare posse feudũ alienatum vel etiã refutatum. *per c.* 1. *in princ. de alienat. feud.* patet. Nam illis Feudũ antiquum est acquisitum, vnde alienatam partem possunt agnati reuocare, Oldendorp. *in forma. de benefit. actionibus.* Potest etiam dici, vtilem rei vindicationem hic locũ habere, *per l. quotiens. C. de donat. quæ sub modo.* vel etiam actionem in factum subsidiariam. *l. quotiens. de præscript. verbis* vel etiam officium Iudicis, quod competit vbi æquitas poscit. *l. plane.* & *l. vlt. de petit. hered.* Et in simili casu ita Natta consuluit, quoad posteriora remedia. *consil.* 534 *n.* 6 *part.* 3. Vtilem rei vindicationem tribuit olim in casu feudali, cum esset à proximo agnato feudum alienatum, late deduxit in causa secundæ appellationis der Gebrüder von Haßfeldt / contra Ioan. Troß. Sed hanc actionem non puto institutam, vt ex conclusione libelli patet.

Petunt enim se declarari proximiores agnatos, & successores de N. & Reum compelli ad restitutionem. Si ergo iure communi succedere vellent actores, dubium non esset, quin petitio hereditatis instituta censeretur. Cum autem hæc non competat ad successionem feu-
2 dorum; cum feuda non transeant ad proximiores, vt † heredes.

heredes.*c.1.de Capit.qui cur.vend.* & sentit Alber.*in d. l.item videndum.§.vlt.de petit heredit.* nisi feudũ esset pure hereditarium, & quis eo modo illud peteret: Recte igitur condictio ex moribus feudorum dari potest; vt in reuocatione feudorum alienatorum concluserunt Domini in causa Conrad Hallers/ contra Brandenburg/ & in causa Zitzwitz contra Zitzwitz/ 17. Ianuarii Anno 72.

An probata?

Quæ in hac actione probanda sint, ex d.cap. apparet: Primo quod feudũ sit antiquum vel paternum (agitur enim de successione collaterali hic) quia in feudo nouo collaterales † non succedunt.*d.cap § vlt.de success.feud.* 4
Curt.sen.*in tract.feudal.parte 3.in vers.successiue expedito.tract.2.n.43.in fin.*late Dd.*in d.§.hoc quoque.& d. cap.1.de alien.feud.pater.*

Secundo, quod actores sint defuncto proximiores † 5
agnati. *text* & ibi quoque Andr. Isern. Bald.& alii. ad *d.§.hoc quoque.* Matth. de Afflict.*tit.si de feud.controu. fuerit.§. Titius filios.n.3.* Roland. à Valle *consil.68.nu. 18. volum.1. & consil.82.n.36.volum.2.* Baldus. *consil. 165.num.3.volum.5.* Afflict.*cap.1.in 1.notab.*

Tertio, quod defunctus agnatus feudum cõtrouersum mortis tempore † possederit, vel non alienauerit ir- 6
reuocabiliter. *d.c.1.§.hoc quoque d. ca.1. de alien.feud. pater.*

Quarto, quod iam ille † possideat, vel dolo desierit 7
possidere. Sicut enim petitio hereditatis tantum contra eũ datur, qui possidet ꝓ herede, vel pro possessore. *l regulariter.de petit.hereditatis.* Dd.*in l.hereditatis petit. C eod.*Ferrar.*in form.libelli pro hered.vers.cui & aduersus quem.* sic idem hic dicendum, quo ad cõdictionem, quæ in præsidium illis datur. Primum & secundum requisitum satis probatur per dicta testium, nec non per confessionem Reorum. Quod ad tertium, licet defunctus agnatus mortis tempore non possederit, tamen sufficit, quod ab ipso tantũ reuocabiliter fuerit alienatum.

Non

Non enim potuit in præiudiciũ actorum alienari, cum † fuerit feudum antiquum, vnde nec præscribi, per Gloss. *in d.c.1.§.hoc quoq;*. & Bald. *in d.c.1.vers.quid si vasallus, de prohib. feud. alienat. per Frideric.* Ideoq; alienatio videtur facta saltem pro tempore vitæ alienantis, & post eius mortem agnati possunt feudũ alienatũ à quo-
9 cunque possessore reuocare, etiam pretio non † soluto; *d.§.Titius filios. & d.§.hoc quoque.* Decius *consil.586.in princ.* Et hoc tantum procedit, quando feudum est antiquum, & vasallus fecerit inuestiri remotiorẽ agnatum, cum consensu domini, vel licito modo, vel de consuetudine, secus si fiat more prohibente, vel sine domini
10 consensu, tum, enim statim potest † reuocari. Feudistæ in *d.§.hoc quoque*. Non enim potest vasallus tollere agnatis ius illis quæsitum, ex tenore primæ inuestituræ prouenienс ex pacto & prouidentia primi acquirentis; & ideo talis renunciatio non amplius durat in præiudicium agnatorum, quia, ea non facta, feudum remansis-
11 set penes ipsum renunciantẽ. Resoluto † enim iure datoris, resoluitur ius acceptoris, vt dicit Cuman. *consil.167. n.11.* quẽ refert Clarus *lib.4. sentent. §. feudum quæst. 34. vers. & hæc quidem etiam procedunt*. Quod autem Rei sint in possessione dicti feudi, in confesso est, & per testes probatum. Concludo igitur, cum dictum litigiosum feudum sit antiquum, vel ad minus paternum, & actores sint proximiores agnati, Ius insuper Acceptoris per mortem d. Dollen Null refutantis sit resolutum; intentionem actorum esse probatam.

An elisa?

Præmittendum puto, an præsens feudum pro hereditario sit habendum, nec ne; Arius Pinell. in *repet. l.1. part.3.n.84. Cod. de bon. matern.* meram esse dicit vanitatem scribentium, idque non tantum inter Dd. & Interpretes, sed etiam in libris feudorum. Et hoc ipsum in nostro casu magis dubium redditur, quod de tenore primæuæ inuestituræ, vel more curiæ Pomeranorum, nihil certi constet, sed coniecturis saltem & præsum-
ptionibus

ptionibus res illa decidenda sit. Si enim primæua † inuestitura, ad quā semper recurri debet. *d.c.1. de duob. fratr. à Cap. inuestit.* constaret, facilior esset resolutio in casu alias mire controuerso, cum deroget omni iuri & naturæ feudali, vt Bald. ibid. Idem Baldus *in præl ud. feudor in 4. diuis & in l quoties. Cod. de suis & legitimis*, regulam generalem esse tradit; in feudis verba inuestituræ, nec non vim & sensum verborum esse intuendum; quia † verba contractus sunt forma contractus, & forma dat esse rei. *l. Iulianus. §. quantum ad exhibend.* Decius *consil. 193. in princip.* 12 13

Neque ad consuetudinem Curiæ, vbi feudum situm, recurrere possumus; cum nulla sit probata. Nam alias † localis consuetudo est attendenda, quæ cum facti sit, est probanda, vt deduxit in causa Hertzfeldt contra Trost. Videndum igitur, quid iura in tali casu præsumant. Et quidem *in ca. 1. tit. de duobus frat. à Cap. & l. si pactum. ibi, quia plerunque tamen. de probat.* videtur pro hereditario feudo concludendum. Et ita cum dubium est, consuluit Alexand. *consil 26. libr. 5.* concludens, in dubio † pro feudo hereditario præsumendum. Natta *consil. 130. n. 10. part. 1. & consil. 634. n. 6. & 9.* Hoc ita stante, non possunt ii, qui veniunt, ex natura feudi venire, nisi sint heredes primi acquirentis, vel saltem vltimo loco defuncti. *Text.* Bald. *in d. cap 1. de eo qui sibi, & suis hered.* Natta *d. consil. 634. n. 9.* Dd. *in c. an agnat vel filij.* Andr. de Isern. *in d. § hoc quoque.* nec possunt percipere feudum, si renunciarint † hereditati. Natta *consil. 444. num. 8.* Et hanc ait esse communem Dec. *consil. 444. n. 8.* & communem esse ait Iul. Clar. *libr. 4. sent. § feudum. quæst. 9. vers. nunc prosequendo.* Natta *consil. 159. num. 13.* Roland. à Valle *consil. 2 num. 40. cum seq. volum. 1.* quæ latius hic nō prosequor, cum in hoc casu sibi potius ex pacto & prouidentia, quam intuitu heredum acquisitum videatur. Nam communior est opinio, (licet contrariæ sint Dd. opiniones) in dubio habendum pro feudo ex pacto & prouidentia. Affl ict. *in d. c 1. an agnat. vel fil. poss. feud.* Nam feudū magis venit alicui vt 14 15 16

I filio,

filio, quam vt heredi. Bald. *in l. 2. de libert. & eor. lib.* Afflict. *in d. c. 1. an agnat. vel fil. nu.* 14. vbi quærit, quid in dubio sit statuendum, & determinat, in dubio præsumi ex pacto & prouidentia. Intrinsecum enim magis quam
17 extrinsecum præsumitur. Et † hanc opinionē probat Albert. Brunus *consil.* 80. *feudal. n.* 18. *vers. præsupposito.* Et hanc communem ait, licet multi contrarium senserint. Sed hæc omnia confirmantur per actorum, nunc appellantium, propriam confessionem, tam in libello & articulis positam, quam in probationibus in prima instantia exhibitis, vbi sæpius fatentur, daß es ein alt vätterlich Erb: vnd Stammlehen sey/ jhnen auch als ein vätterlich Erb vnnd Stammlehen zuzusprechen begeren. Nam verior & communior est opinio (licet sint nonnulli, qui existiment si concessum sit feudum alicui, & eius heredibus masculis, filium posse feudum consequi, etiamsi non sit heres. Decius *consil.* 185. & *consil.* 395. Gozad. *consil.* 26. *n.* 30. Rub. Alex. *consil.* 85. *num.* 5.) quod eo casu filii non possint habere feudum, nisi paternam quoque hereditatem acceperint, Beluiso, Isernia, Aluarot. & Dd. *in d. c.* 1. *de eo qui sibi & hered. masc.* Et hanc communem ait Couarru. *variar. resol. libr.* 2. *c.* 18. *n.* 3. *versic. idem omnino dicendum. & n* 4. *vers.* 6. *hinc infertur.* Iul. Clar. *d. §. feudum. quæst.* 9. *vers. item quæro, quid si acceptum fuerit.* quamuis subiiciat, hoc esse arduum, & ideo se neutri parti voluisse consulere. Gratus *consil.* 4. *nu.* 48. *lib.* 1. Quamuis Arius Pinell. *d. l.* 1. *part.* 3. *nu.* 89. *vers. sed in hoc*, dicat, esse receptiorem illorum opinionem, qui existimant, propter verbum, *masculis*, feudum ex pacto & prouidentia censendum, & latius approbat ibidem *num.* 51. Sed vix videtur esse ex pacto, quia d. Roleff oppignorauit. Si igitur decisio causæ inde sumenda, essem dubius, putarem tamen non esse hereditarium.

Accedit quoque, quod in noua inuestitura d. vasallo, reorum patruo W. R. fuerit concessum feudum his verbis, jhm vnd seinen Männlichen Leibslehens Erben; quę verba important, quod dictum feudum sit ex pacto & pro-

& prouidentia concessum. Nam verbum Lehenserben/ restringit vocabulum Erben / ita vt sufficiat, quod quis sit de primo acquirente, neque requiritur, quod vltimi vasalli sit heres. Ac idem est, si acquisitum esset, pro se, suisque filiis, vel pro se; & liberis; quo casu feudum est simpliciter ex pacto & prouidentia, iuxta Isern. *c. hoc quoque. qui feud. dar. poss.* Decius *consil.* 445. Iul Clar. *d. §. feudum. quæst. 9. vers. quandoq; vero.* Nam nomen heredis, refertur ad † sanguinem. Pinell. *d. part. 3. nu.* 91. 18
Ita concluserunt Domini in primo Senat. in causa Baden & Nassaw contra Philips von Dalberg.

His præpositis; quod scilicet feudum nostrum habitum sit pro feudo familiæ; nunc ad fundamenta elisionis venio. Et ex documento nouæ inuestituræ & testibus apparet; refutationem domino, & in remotiorem agnatum factam esse per inuestituram nouam; quæ quidem firma esse videtur; quia à multis retro annis non fuerit impugnata; cum refutatio sit facta Anno 6. & lis cœpta An 45. & ita feudum illud præscriptum; non modo per annum, sed etiam per longissimā præscriptionem. Cum igitur non contradixerint agnati proximiores, tempore alienationis; consequens est; illos tempore esse exclusos. Nam iuris est, feudo alienato † in remotiorem agna- 19
tum; proximiore agnato non contradicente; intra annum; eum à tempore scientiæ; annali spatio excludi; §. *Titius, in fine.* Et ita consuluit Schurff. *consil. 5. per tot. cent.* 3. *& consil.* 85. *num* 3. *& consil.* 11. *num. 2. d. cent.* 3. *& consil.* 68. *nu.* 14. *cent.* 2. vbi dat refutatoriam actionem & ait annali silentio excludi, si in remotiorem facta sit alienatio. Afflict. *ad d. §. Titius. num.* 18. & Præpos. *in princ.* Oldendorp. *de benefic. action.* Vnde Aluarottus & Baldus admonent agnatos, vt sint sagaces; secus est; si sit facta alienatio in extraneum; nam † tunc requirun- 20
tur 30. anni. Schurff. *d. consilio.* hanc ait communem opinionem. Et hoc ipsum eo minus hic dubii habet, quia 39. annis possedit, quo tempore possessor, qui rem & continuatā possessionem, & sic bonam fidem habuit; omnem actionem, personalem & realem, si quæ com-

 petiisset

petiisset, præscripsisset. Dd *in d. §. Titius*. & Schurff. *d. consil*. 85. Mynsing. *consil*. 48. *num*. 6. Maxime cum consensus proximioris agnati aui Dieterichs accesserit. Concludit igitur ex iam dictis, actionem a Curdt Cast institutam primitus, prorsus esse elisam, prout omnes Domini ex hoc fundamento, pro alienatione feudi antiqui in remotiorem agnatum, concluserunt in d. causa Zitzwitz contra Zitzwitz.

Secundum quoque elisionis fundamentum; quod proximiores agnati, scilicet Paul & Dieterich/expresse consenserint in d. refutationem & inuestituram, pariter videtur intentatam actionem elidere, propter consensum dictorum proximorum agnatorum, quantum ad illorum personas attinet: volens enim contractum
21 impugnare, cui assensum semel præstitit, non amplius † auditur. Neque refert, consensus ante, an post sit præsti-
22 tus. *cap. 1. vbi † Glossa, in verb. consentientib. de alienat. feud. pat*. Neque id dubium est. Sed maior oritur quæstio, ratione Conradi primæui actoris, qui conatur defuncti patris factum impugnare. Quinimo ipsam refu-
23 tationẽ, propter defectum consensus refutatoris; quia † scil. fatuus fuerit, & quod vi, metuque ad id fuerit compulsus, & quod per acquirentem, Roleff von Weiß/ fuerit persuasus, vt ad dies vitæ inuestiretur, ob quam causam d. Dieterich dictam alienationem non impugnauit. Quæ omnia & singula non puto esse probata.

Licet enim quidam testes de iis aliquid deponant; tamen literæ inuestituræ & transactionis contrarium docent, præsertim cum hic simus in feudo antiquo. Et si illa vera fuissent, non debuissent actores tam diu tacere; sed Boleslao viuo, & partibus contrahentibus, actionem intentare, & contractum per vim, dolum & fraudem initum refringere. At nunc omnes illæ actiones sunt præscriptæ. Adhæc, cum inuestitura cum debita solem-
24 nitate facta fuerit, tales † exceptiones cessant. Principis enim præsentia excusat. Abbas *consil*. ...... *part*. 2. Crauet. *consil*. 252. *n*. 9. *lib*. 2. Et cessare videtur læsio in actu à Principe facto, præsertim in antiquis. Crauet. *consil*. 267. *n*. 1. *vol*. 2.

His

His accedit præsentia ipsarum partium, quarum au-ctoritatem temporis longissimi cursus confirmat, improbat impudentiam modernorum actorum. Cum igitur Rei nostri, & ipsius parentes & antecessores pro se semper habuerint inuestituram, transactione & refutatione præcedente factam, nec non longissimam possessionem, ea quæ de mala fide ab actoribus sunt exposita, corruunt. Illud potius in controuersia esse videtur; an præscriptio contra Curdt/ patre eius Theodoro adhuc viuente, potuerit † currere? Et hanc quæstionem decidit Afflict. in term. *ad d. cap.* 1. §. *Titius. num.* 2. *si de feudo defunct. contend* quando scilicet agnatus non reuocauit alienationem, nec etiam sequens, concludit quod sic; & per consensum Theodori rata facta est alienatio. 25

Nec obstat, quod † ibidem dicit Afflict. quod feudum ex pacto & prouidentia nunquam possit præscribi contra agnatum. Id enim intelligit, etsi vel consentiat, vel tempus labi patiatur; & agnatus potest reuocare † gratis, post mortem venditoris, scientis feudi conditionem, at eo viuente, refuso pretio, quia sibi debet imputare, quod incaute emit. Inde infert, quod licet per 30. annos vtile feudi dominium præscribatur, tamen contra non valentem † agere locum non habeat, *l.* 1. *vbi Bald. & Dd. Cod. de annuis except. & l. sicut. C. de præscript.* 30. *annor*. Sed responderi potest, quod Rei, decurso 30. annorum spacio, præscripserint vtile dominium, & Curth debuisset minorem ætatem probare, & tempus, ex quo impeditus fuit agere, cum hoc sit fundamentum replicationis; at id non prosequitur; cum sufficiat annale spatium lapsum, intra quod tacuit, nec desuper sit protestatus. Restat igitur videre, an actoribus nostris, Conrado scilicet & Georgio, patri & auo respectiue, obstet factum patris Dieterich/ quo minus feudum, tanquam antiquũ, & in remotiorem agnatum alienatũ, à possessoribus proprio iure reuocare queant? Quæ quæstio in vtramque partem & diuersimode tractatur. Sed vt breuibus me declarem in hac causa; si feudum esset hereditarium, res videretur clara, quia om- 26 27 28

nino actoribus consensus & factum patris obstaret. Oportet enim, vt ad ipsos feudum via hereditaria veniat. Curt *part.1.quæst.8.* Decius *consil.39.nu.4.vers.2.in dicta*, vbi pater potest disponere in præiudicium heredum. Matth. de Afflict. *nu.6. de alienat. feud.pat.* Alexand. *consil.18. num.7 lib.5.* Natta *consil.60.num.20.part.3.* quod procedit, si feudum est mere hereditarium. Guido Papæ *decis.59.133.* & pulchre Iulius Clarus *d.§.feudum, quæst.9* puta in feudo, recepto pro se & heredibus; quia
29 tale † feudum potest alienari sine consensu domini & agnatorum. Idem Clarus *d.quæst.9.vers.hoc præmisso.* Idem Socinus inter consilia Bruni *consil.10 num.11.* & dicit Molinæus in apostil ad Alexand. *consil.30. sub num.11. in fin. lib.1.* quod hæc sit verior & communior opinio. Secus, si feudum sit familiæ. Iulius Clarus *d.§. feudũ.quæst.40.vers.sed hic est ad.* vbi tradit, si feudum sit ex pacto & prouidentia, non posse alienatione præiudicari. Sed melius distinguit *quæst.67. idem quæst.40.41.* vbi dicit, locum habere distinctionem *dict.cap.1. an agnat.vel filius*, Didacus Couarruuias *d.cap.18.post nu.4.vers. primum simpliciter.* vult in feudo hereditario non habere locum. Idem *d.quæst.9.* vbi ait communem esse; in eo vtramque voluntatem requiri, & ita seruari in praxi. Sed iterum quæritur, vt sit feudũ fami-
30 liæ, an debeat esse heres vltimi † vasalli, an primi acquirentis? Et quamuis sint diuersæ opiniones Dd. tamen cõmunis est opinio, quod sufficiat, si sit heres primi inuestiti, mediante persona primi acquirentis, iuxta Alexand. *consil.10.nu.8. lib.3.* Et hanc approbat Clarus *d. quæst.9.vers.sed quæro an oporteat.* & *in quæst.76.vers. aut vero*, vbi dicit, esse veriorem. Qualecunque igitur sit feudum, cum non sit mere hereditarium, id Actores possunt reuocare, quia sunt heredes primi acquirentis. Si igitur primæ inuestituræ extaret formula, non dubiũ esset. Sed posito, d. feudum esse feudum familiæ, non tamen ex sequentibus apparebit, nostros Actores in hoc quidem casu ius auocandi dictum feudum habere, sed Reos ab instituta actione absoluendos. Nam Paulus &

Dietrich

Dietrich in d. refutationem & alienationem non modo consenserunt, sed desuper transegerunt, recipiendo loco compensæ die helffte zu Doppelbuchel. Et quidem de illorum personis apud se nulla est controuersia; quia nunquam alienationem in illorum vita oppugnarunt. Quo vero ad filium Conrad. Theodorici, actio quidem instituta, sed, vt mihi videtur, non potest factum patris impugnare, cum eius heres exiterit, & sic bona & iura hinc fuerint † confusa *l. si debitorib. Cod. de pact. l. cum à* 31
matre. C. de rei vindicat. Quia vt non licuit defuncto, ita nec heredi contra factum defuncti. Et quidem quod ad filium consentientis, id certum est; quia est eadem persona cum patre, & interest patris certum habere † heredem, secundum Curtium *consil.* 138. *n.* 13. Et 32
filius semper succedit ex persona patris. Alciatus *consil.* 108. *n.* 9. Vnde & nomen masculus pro filio in materia feudali † accipitur, *cap.* 1. *§. si clientulus. de alienat. feud.* 33
Vnde deterioris conditionis dicuntur filii quam agnati. Matth. de Afflict. *in prælud. feudor. nu.* 180. Isern. & Dd. *in d. cap.* 1. *an agnat vel fil.* quia filius magis tenetur stare pro facto patris. Henning *consil.* 16. *num.* 39. si scilicet adit hereditatem patris, si non, posset adire. Curt. *dict. part.* 4. *in vltim. cap. amiss. in* 1. *regul. princ. vers. Secundo enim. num.* 150. Clarus *d. §. feudum. quæst.* 72. nisi filius conficiat inuentarium: tunc † enim posset reuocare. 34
Paris. qui plures refert, *cons.* 10. *num.* 8. *lib.* 1. explicat beneficium inuentarii. Clarus *d. quæst.* 42. Decius *cons.* 185. *num.* 1. Nam habet tunc feudum ex prouisione maiorũ. Refert disputationẽ inter Dd. de Inuentarii beneficio, & ostendit Iulium Clarum dicere, non prodesse, si sit mere hereditarium, secus si mixtum; tunc enim prodest. At hic de facto parentis reuocando agitur; ac facilius admitteretur filius, quam agnatus, vt explicat D. Schadt/ in causa Badẽ & Nassaw/ cõtra Dalberg. Et in vtramque partem collegit opiniones Dd. Pinellus *dict. leg.* 1. *part.* 3. *numero* 85. *& sequent.* Sed contrariam putat veriorem, vt & Clarus *d. § feudũ quæst.* 76. Varias Doctorum opiniones non amplius repetit, cum hic agatur de

reuocatione facti parentis, non tantum feudi antiqui refutati. Si enim hic pater non consensisset in dict. alienationem, tunc essemus in illo casu, vbi agnatus vellet reuocare factum defuncti vltimi vasalli, quo casu facilius admitteretur agnatus quam filius. Cum autem nostri actores fuerint heredes, & quidem sui, dicti consentientis & contrahentis, neque vlla facta sit ab iis mentio confecti inuentarii, aliter concludere non possum, quin patrimonium sit vnitum, & omnis actio, quam Actores contra Reos intentarunt, sit elisa & sublata; ita in facto consuluit Alexand. *consil. 124. inc. p supra, Primo enim. nu. 2. vol. 1.* Ruinus *consil. 92. volum. 4.* Pinellus *dict. part. 3. num. 93.* Secundo latius ex illa obligatione, pro se & suis heredibus infertur, quod Actores nostri illud factum defuncti præstare teneantur. Nec obstat, quod notant Beluiso & Baldus *in dict. §. hoc quoque.* quia id non procedit, quando alienans, pro se suisque heredibus se obligauit, tenentur enim tale factum seruare. Alb. Brun. *consil. feud. 122. per l. vnum ex familia. §. sed si verum. de legat. 2.* Magna enim est differentia; an pater se & suos heredes obligauerit, vt hic, an simpliciter consenserit, Aluarot. post glossam *in dict. §. hoc quoque, de success. feudor.* Henning. *d. consil. 16 num. 44. & sequen.* Wesembec. *consil. 71. nu. 44. part. 2.* Adeundo enim hereditatem, sine beneficio inuentarii, videtur ratificare † gesta per defunctum. Paris. *consil. 13. circa fin. volum. 3.* Roland. à Valle *consil. 71. nu. 69. tom. 2.* Curt *part. 4. num. 50.* Denique iam dicta imprimis confirmat, quod Actorum auus & pater ex transactione receperint dicta prædia zu Doppelbuchel/ quæ bona iure hereditario peruenerunt ad Actores nostros, ex quo sequitur, suorum patrum factum eos approbasse, iuxta Brunum *d. consil. 122 circa finem. vers. & data.* & Bal. *d. cap. 1 num. 15. & 17. de prohibit. feud alien. l. Paulus. Rem rat hab.* Roland. *consil. 6. num. 41. tom. 2.* Collatis igitur omnium elisionum fundamentis, concludo actionem intentatam elisam, & pronuntio, in prima Instantia bene iudicatum, male appellatum, compensatis expensis.

Cor-

Correferens Ego.

De formalibus & nullitatibus vt D. Referens. De Actione; Do Condictionem, ex adduct. cap. de feudis. *d. c. 1. de gradib. success. d. c. 1. de alienatione feudi. d. §. hoc quoq;. de succes. feud. d. §. Titius. si de feudo defuncti.*

An probata?

Agnati proximi feudum paternum siue antiquum, sine suo consensu ab agnato possessore, etiam Domini consensu, alienatum, vel eidem refutatum, pro circumstantiis, vel redimere, vel reuocare gratis possunt ab eo, qui id tenet. Sub alienatione autem etiam continetur restitutio, quæ † fit domino. Aliud enim est, si fiat proxi- 36
mis agnatis, de qua Cuiacius *lib. 4. num. 45. ad dict. cap. 1. de alienat feud. patern.* At Actores nostros proximos agnatos fuisse dd. Dollen Rolefssen / qui d. domino refutarunt feudum paternum siue antiquum, satis probatum est. Iidem se in dict. refutationem, & inuestituram in remotiorem agnatum, den Weisen Rolessen/non consensisse asserunt, vt nec de expresso, præsertim eorum, consensu constat. Ex quo consequitur, institutam ab iis actionem probatam esse.

An elisa?

Reus iis in Actis obiicit, quod heredes fuerint Theodorici, qui vna cum fratre suo Paulo, cui ipsos quoque, si non immediatos, tamen mediatos heredes extitisse existimo; transactione in dictam refutationem & inuestituram, traditionem que possessionis consensit, atque ideo contra factum parentis, & antecessorum venire non posse, siue primi heredes, siue heredes heredum fuerint. *fol.* 10. & 11. quod etiam in feudalibus locum habet. *d. fol.* 11. Verum Dd. in hac quæstione inter feudorum genera distinguunt. Interesse enim aiunt, vtrũ feudum sit antiquum ex pacto & prouidentia, an hereditarium. Sane † ex dictis testium cõstat, feudum hoc pa- 37
ternum, imo antiquum fuisse & esse. Sed cum deficiant nos Instrumenta inuestiturarum, ex quorum formulis genus feudi colligi posset, † quamquam tunc di- 38

sputent Dd. vtrum præsumendum sit pro feudo ex pacto & prouidentia, an vero hereditario, & pleriq; putent pro pacto & prouidentia præsumendum, ad id quod proximum est, confugiendum erit, scilicet ad formulam inuestituræ; quod Weiß Roloff cum fratre Ioachimo inuestitus fuerit. Est autem eiusmodi: Tibi & tuis heredibus masculis, ex corpore tuo descendentibus, de qua, ad quod genus sit referenda, licet mira inter Dd. sit pugna, cum nec in defintionibus, nec descriptionibus, nec formularum exemplis conueniant: tamen communior est opino, feudum esse ex pacto & prouidentia. Couarr. *lib. 2. resolut. cap. 18. post num. 4.* Iulius Clarus *quæst. 76.* An vero heres alienantis, aut in alienationem consentientis, feudum ex pacto & prouidentia reuocare possit, magna est inter Dd. differentia. Excellens Iurisconsultus Arius Pinell. *d. part. 3. num. 95.* existimat, heredem alienantis rem feudalem, succedentem
39 † in feudum ex tenore concessionis, absque facto & voluntate alienantis, admitti contra alienationem, factumque defuncti, etiam non facto Inuentario, non solum in feudo ex pacto & prouidentia, sed etiam hereditario, mixto scilicet, vt id Iulius Clarus vocat *in d. quæstio. 29.* modo id ad extraneos transferri nequeat. Atq; hanc sententiam multis, tum rationibus, tum auctoritatibus confirmat Pinellus. *vide fol. 18. & 19.* Nam filium ex posteriori parte. *d. §. Titius.* (quamquam & in hoc capite dissentientes sint Interpretum sententiæ) posse, viuo pa-
40 tre alienante, reuocare alienationem. Ergo † multo magis mortuo. Raro autem accidere, vt filius patris
41 sui defuncti heres non sit. Cum † itaque textus non distinguat, heresne sit filius, siue agnatus, qui reuocat, siue non sit, sed indistincte loquatur, non esse restringendum ad casum rarius accidentem Frequentius enim contingere, vt iidem, scilicet filius & proximus agnatus, heredes sint defuncto. Deinde, quia primus acquirens. *fol. 18. b.* Nec ad hanc quęstionem pertinere confectionem inuentarii. *fol. 18. b.* Atque indefinite heredem feudum ex pacto & prouidentia reuocare posse,
alii

alii quoq; tradunt. *fol.19. & 44.* Sed verendum est, vt illa sententia hodie in praxi obtineat, filium heredem alienantis & consentientis, nisi confecto Inuentario, non posse reuocare, etiam feudum antiquum, & paternum, siue ex pacto & prouidentia. Sed cum huius regulæ multæ sint exceptiones, quæ referuntur à Pinello & aliis; videndum, an ei hic locus sit. Notanda de consensu simplici, de alienatione in fraudem, & inualida: At hic consensit actor nec fraus est probata: nam contra factum defuncti inualidum heres venire potest. *fol. 57. a.* Sed ex testium dictis constat, dictum Roleffum, qui Domino feudum refutauit, fuisse stolidum, non sana † mente: Ergo in præiudicium proximorum agnatorum non potuit refutare, cum in eo non præsumatur firmus consensus, quo accedit testimonium vltimi testis, viri nobilis, qui tunc fuit cum Principe in aula, qui repetito iureiurando, suam depositionem, qua à d. W. Roleff/ & Flenning D. Roleffen ad refutationem feudi coactum ait, confirmauit. Sed nec hæc obsunt Reis, quia etiamsi ille actus validus fuisset, tamen quia & in illam refutationem & inuestituram, accepto aliquo per transactionem; de qua tamen quædam moueri possent; consenserunt, non pro se modo, sed & heredibus suis, quibus nominatim, viam contra illam veniendi præcluserunt, præiudicarunt. Annali silentio niti non possunt; nam duo testes deponunt, d. Curdt post mortem Roleffs requisiuisse à Principe feudũ, & articulum probatum, verum dicunt, quia domino iurauit, qui est loco extranei, Clar. *vers. scias. sexto. d. quæst. 42.* Ac ipsemet fatetur Reus, sollicitasse Actores Principem; verum non sufficere simplicem illam interpellationem, sed actionẽ eos intentare debuisse. Ad præscriptionem quod attinet, duo testes deponunt, à Reo & eius patre, & agnatis amplius 30. annos possessum, & sic præscriptum esse, §. *præscriptione, & ibi Feudistæ. qualiter olim pot. feud. alien.* At alii, & hi numero maiores, d. Roleffen intra triginta annos aiunt mortuum: Et à tempore mortis demũ inchoanda est præscriptio. Verũ nihilominus ex re-

ceptiori

ceptiori opinione primum fundamentum subsistit, scilicet, quod heres alienantis, & consentientis, contra factum defuncti, non vt heres modo, sed ne quidem vt filius, venire possit. Sed obiiciat quis, saltem nepotes & pronepotes contrauenire posse, non ex paterna persona iuxta *decis. 42. §. sed maior.* Verum §. illum intelligendum puto de agnatis, qui non fuerunt heredes alienantium vel consentientium. Ergo adhuc locus elisioni.

Quid pronunciandnm?

Vt Dn. Referens.

VOTVM DECIMVM

De Actione personali & reali, Possessione, Præscriptione, & testament ria dispositione super feudis. Ex Autographo de Anno 1568. In causa Dieterich M. A. Contra Sigfried H.

SVMMARIA.

1 *Super desertione quando pronuntiandum.*

2 *Instrumentum tradens possessionem rei tradere videtur, & quando id procedat num. 6.*

3 *Feudi dominus cedens ius, videtur inuestiuisse.*

4 *Actio realis non datur, cum traditio nō interuenit.*

5 *Ante traditionem non transit dominium in emptorem.*

7 *Per inuestituram abusiuam non transfertur possessio, & ratio eius, num. 8.*

10 *Actio præscriptis verbis propter legem contractui adiectam datur.*

11 *Feudum in dubio masculinum præsumitur.*

12 *Feudum sine consensu non licet vxori relinquere testamento.*

13 *Ob inuestituram non petitam apertum feudum dicitur.*

14 *Præscriptio feudi contra dominum an locum habeat? Negatiua,*

15 *Affir-*

Votum D. C.

QVod ad desertionem attinet, ex obseruatione Mynsingeri 8. *cent.* 1. putarim non pronunciandum super desertione appellationis, si modo prior sententia confirmari debeat, vt D. Referēs, & D. Correferens existimarunt. Sin autem contra priorem sententiam iudicare oporteret, ex eadē obseruatione exstimarem super desertione pronunciandum, quia nos detineret Iurisdictio. *arg* † *l. si contra. l. quoniam. l. eos, & quæ ibi notant Dd.* 1 *C. de appellat.* Nullitates eiusmodi non reperio, vt super eis pronunciari possit, quamuis hypothesis mihi nō minus videatur absoluta, atque in causa Guilhelmi & Regnaldi.

Quod ad genus actionis attinet, verum est, aliquoties Actorē rei vindicationis mentionem facere. Putauit forsan ꝓpter consensum præstitum ab Othone Comite Schavvenburgensi, Instrumenta atq; literas cessas à tutorib. F. se in rem actione experiri posse. Nam qui Instrumentum tradit, rei possessionem videtur tradere. † *l.* 1. *C. de don. l. seruū filii. §. eum qui de leg.* 1. *l. pen. C de* 2 *hered. vend. l. cum constat. C. quæ res pigno. oblig. poss.* Et cum D. Comes Otho ei ius suum cesserit, videtur de feudo inuestiuisse, atq; ita † feudi possessionem tradidis- 3 se. *c.* 1. *quæ sit inuest. in pr.* Ego tamen puto, ei in rem † 4 actionem non competere; quia nec naturalis nec ciuilis traditio

traditio interuenit, quæ ad transferendum dominium est necessaria. *l. traditionib. atq; ibi Dd. C. de pact.* Atq; in emptionib. ante traditionẽ, vel naturalẽ vel ciuilem do-
5 miniũ rei emptæ ad emptorẽ non † transire, aperte ostenditur *l. quotiens. l. pen. C. de rei vind l si pater. C. de actionib. Emp l. qui tibi C. de hered. vel actione vendita. l. alienatũ. ff. de verb sign.* Nec obstat, quod dicitur, traditione Instrumenti possessionem rei traditam intelligi: Id enim
6 † locũ habet, cum res præsens est, & ab eo, qui tradit Instrumentũ, possidetur, vt adnotauit Accurs. *in d. l. 1. C. de donationib. in verb. instrumentis, & ad verb. & traditis, & in gl. vlt.* vbi ad hanc suam distinctionẽ profert *l. quadam, de rei vindic. l. creditũ. C de remissione pignor.*

In nostra autem specie, prædia; quæ in Instrumento describuntur, nõ fuerunt ab iis possessa, qui instrumentum tradiderunt; vnde traditio facta non esse intelligitur. Nec quoque obstat, quod ius feudi ei sit à Comite Othone cessum, vt actor dicit. Inde enim non sequitur, eum de hoc feudo inuestitum. Nec, si hoc consensu suo, aut his literis eum D. Comes voluisset inuestire, idcirco possessionem feudi in eum transtulisset. Per abu-
7 siuam enim inuestiturã, vt † literarum, vel ensis, vel annuli pileiue traditionem, nõ transfertur feudi possessio: sed per veram inuestituram, i.e. ipsius possessionis tradi-
8 tionem *d. c. 1. quæ sit inuestitura.* At abusiua illa † inuestitura, Symbolum potius est iuris, quam traditionis. Acquisiuit enim ea facultatem rem acquirendi & apprehendendi; vnde & inuestito eo modo, condictio ex le-
9 ge, vel Iure beneficiario † competit. Alciat. *ad d. l. traditionib. num. 22.* Alexand. *ad l. 3. in princ. ff. de acquir. poss.* Bald. *in Rubr. C. de contrah. empt. 17. quæst.* Nec dici potest, eum condictione ex lege feudali egisse, quia nec inuestitũ esse apparet, nec consensu domini Comitis, sed
10 cesso per vindicationem Iure F. nititur. Verius itaque † ei, propter legem adiectã contractui emptionis, tribuitur actio præscriptis verbis, cuius exempla sunt aperta *in l. 2. C. de pact. inter empt. & vendit. l. si conuenit. de rescind. de vendit. l. Labeo ff. de contrah. empt. l. si fundus.*

de lege

de lege Commiss. Vtrum autem Actor intentionem suam probarit, merito dubitatur. Contendit .n. Actor se probasse; quia bona illa sunt feudalia, & quia domino aperta, ad cessionē iuris, quo à F. accepit, consensit. Quæ an ita sint, videamus. Et puto satis ex duobus illis primis instrumentis, lit. A. B. notatis, constare, hæc bona feudalia esse, cum in emptione, quæ sub pacto redimendi Anno Domini 1457. facta est, à contrahentibus requisitus sit consensus D. Otthonis Comitis, quem sibi reseruasse ius redimendi hoc feudū, ex eo constat, quod profiteatur, se non ante de hoc feudo emptori, aut eius heredibus negotium facturum, quam si id sibi suisq; heredibus apertum fuerit, & pretium illud soluerit. Vtrum autem adhuc sit feudum, & ad id regressum habeant heredes eius Comitis, ex eo liquebit, an quandoque ei apertum fuerit, & an contra eum à possessoribus præscriptum sit, ita vt naturam feudi exuerit, & pro allodiali sit habendum, an non sit.

Quod ad priorem quæstionem attinet, an apertum fuerit, vtile est nobis ex Actis constare, fuerintne vel vēditoribus, vel emptori Alberto Flor. heredes masculi ex suo corpore descendentes, an non fuerint. Nam quia feudum dicitur, & id in dubio pro masculino accipiatur, deficientibus masculis apertū fuit domino, nisi forte eiusdem voluntate alienauit. Et quidem verisimile est, Albertum Flor. alienasse, vt ex libello Actoris constat, qui refert, eum in fraudem sui vt rem propriam abalienare conatum, sed id non probat. Ex iis autem literis, quæ hic sunt productæ lit. C. colligitur, extra gentem der Flor. ad M. A. iure hereditario peruenisse, qui Anno 1488. ea sub pacto de redimendo vendidit Seyfriedt R. Et quamuis fiat mentio consensus D. Otthonis, tamen non puto amplius Domini consensum interuenisse, aut requisitum. Omnino autem postea prædia illa pro allodialibus habita. Quod inde patet, quia & F. ab vxore Seyfridt/ & Ren a matre sua, sorore eiusdem, se habere contendunt. At ad neutras peruenire potuissent, si pro feudo habita fuissent, nisi Domini consensus

inter-

interueniſſet. Neque enim licuiſſet marito ſine Domini
12 conſenſu teſtamento † id vxori relinquere. *§. donare. qualit. olim feud. pot. alienar. & c. imperialem. de prohib. feud. alienat. per Fredericum.* Nec enim in eo mater Reorum poſſeſſorum iure hereditario ſuccedere potuiſſet, quoniam ad fœminas non pertinuiſſet. Cum igitur
13 interea inueſtituram non † petierint; conſequitur, hæc bona feudalia aperta fuiſſe domino: *cap. 1. quæ fuit prima cauſ. amitt.* Zaſius *part. 16.* qui tamen antea non potuit ad ſe transferre; quam pretium ſoluerit. Nam de alienatione nihil dicam; quod ſunt prædia illa domino remiſſa; quia vſque ad redemptionem durat. Sed quia ſæpe fit, vt feuda eiuſmodi præſcribantur ab iis, qui ea pro ſuis poſſident; An præſcripta ſint videamus. Etſi enim quidam contendunt, non eſſe locum præſcriptio-
14 ni feudi contra † dominum, quia id vergat in Reipubl. detrimentum, Vnde ſimpliciter Imperatores, Conradus, Lotharius & Fredericus, nullam obſtare præſcriptionem dominis voluerunt. *cap. 1. verſ. præter. de cap. Conr. c. Imperialis. de prohibit. feud alienat per Lothar. d. cap. Imperia. de prohibit. feud. alien. per Fredericum.* atque ideo nullo tempore feudum contra dominos grauibus curis Reipubl diſtentos, præſcribi poſſe ſtatuerũt Iacob. de Ardiz. *in ſumma ſua, in tit. quib. mod feud. acquir.* Andreas de Iſern. & copioſe Frider. Schenckius *in dict. §. præterea. de capit Conr.* Franciſcus Sonsbeck. *in part. 12. tractat feud. nu.* 105. tamen communior opinio
15 Feudiſt. eſt, illorum † Imperatorum Conſtitutionibus longam & longiſſimam (ſiquidem ante tempora Conradi poterat feudum 30. annis præſcribi. Gloſſa *in verb. profecto, in fin. in capit. 1. quid iuris. ſi poſt alien.*) non etiam centenariam præſcriptionem excluſam Bald. Aluarot. & Matth. de Afflict. *in dict. cap Imperialem. de prohibit. feud. alien. per Freder. in verb. nullius temporis præſcriptione impediente.* Frider. Schenck. *§. quid ergo. de inueſtit. de re alien. fact.* Nam præſcriptio illa cuius initium
16 tium excedit memoriam hominum, æquiparatur † priuilegio à Principe conceſſo, quia etiam pedagia, parangaria,

garia, tributa, atque alia, quæ in signum eminentiæ Principibus sunt reseruata, præscribuntur, D.d. *in c. super quibusdam. §. præterea. extra, de verbor. sign.* quod si tamen dominus præsens sit, & sciens † patiatur, alienari & præscribi feudum, citra contradictionẽ, etiam licite potest hodie longissimo tempore præscribi. Glo. *in c. 1. §. 1. quid iur. 81. post alienat. c. continebatur, de his, quæ fiunt à Prælat. sine consensu Capit.* Quod vero ad nostrum casum attinet, absens fuit comes; itaq; bona hæc pro allodialib. non nisi centum annis præscribi potuerunt. Atqui tantum temporis post Alber. Flor. primum emptorem non intercessit. Nam à tempore emptionis vsque ad litem motam non intercesserunt centum anni. Neque enim ipse, neque heredes eius, feudum pro allodiali præscribere potuerunt, cum in mala fide fuerint: heredes enim † succedunt in locum & ius defuncti, quamuis alioquin ipsi in bona fide essent. *l. 7. §. penult. de petit. hereditat. l. cum heres. de diuers. & tempor. præscript.* Imo nec illi, apud quos fuerunt literæ consensus Othonis, bonæ fidei possessores esse potuerunt: quamuis nec tempus quidem illis ad præscribendum satis fuisset. Multo igitur minus præsenti possessori, eiusque matri possibile est allegare præscriptionem centum annorum. Ex quo consequitur, feudum hoc, propter non petitionem inuestituræ, ad heredes & successores illius domini Comitis Othonis pertinere. Ac feudum licet pro allodiali præscriptum esset, tamen ius illud redimendi, quod domino post apertum feudum competit, non potuit † præscribi. Mynsinger *obseruat. 10. centur. 1.* Id igitur integrum est Comiti Othoni, si modo doceat, se heredem & successorem esse prioris Othonis. De eo enim † constare oportet, etsi ipse pretium ad redimendum adferat. Vtrum autem ius hoc suum in præiudicium possessoris † Actori cedere potuerit, confirmare non possum.

17 18 19 20 21

Sed nec satis constat nobis, id ei ius à Comite cessum esse. Nam dominus Referens ostendit, posteriores illas literas non esse authenticas.

Vnde concludo, cum ex hoc intentionẽ suam non satis

tis probasse. Sed quia in conclusione offert, se plura documenta, si opus sit, allaturum, an velint eorum productionem domini ei iniungere, in illorum est † arbitrio.
32 Quod vero ad alterum ius attinet, quod allegat, se à F. habere, id parum prodest. Neque enim feudum esse potuit, si F. id habent à muliere, nisi probet consensum interuenisse domini in illa alienatione per testamentum, quem cum non ostenderit, parum faciunt, quæ in eam partem adducta fuerunt ab Actore. Cum igitur nec cessum sibi ius Comitis satis ostenderit, nec ex eo iure adiuuari possit, quod ab F. habent, concludo, non satis eius intentionem probatam.

D. E. Putat actum præscriptis verbis, vt & ego.

D. K. D. W. D. A. D. B. rei vindicatione, id quod mihi non videtur.

D. W. Pro actore, mallet tamen desertam causam pronunciare.

D. W. Putat Actorem satis probasse.

Ego dico, aut iniungendam Actori vlteriorem probationem, aut non satis probasse Actorem intentionem suam. Bene iudicatum, male appellatum.

D. A. Concludit, male appellatum, bene iudicatum.

D. C. Concludit, bene iudicatum, male appellatum.

FINIS.

